

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXV

TOMMASO BONETTI

**LA PARTECIPAZIONE
STRUMENTALE**

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXV

TOMMASO BONETTI

LA PARTECIPAZIONE
STRUMENTALE

Bologna
University Press

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza
Creative Commons BY-NC-SA 4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-095-5
ISBN online 979-12-5477-096-2
DOI 10.30682/sg313

Impaginazione: DoppioClickArt, San Lazzaro di Savena (Bologna)

Prima edizione: giugno 2022

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof.ssa Marcella Gola, ordinaria di Diritto Amministrativo presso l'Alma Mater Studiorum Università di Bologna;

Prof. Tomaso Francesco Giupponi, ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Alma Mater Studiorum Università di Bologna;

Prof. Giuseppe Piperata, ordinario di Diritto Amministrativo presso l'Università IUAV di Venezia.

A Caterina, Ginevra Maria ed Elena

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Premesse, oggetto e obiettivi dell'indagine. – 2. Metodologia e percorso della ricerca.

1. *Premesse, oggetto e obiettivi dell'indagine*

Nel 1975 Giorgio Berti osservava che la partecipazione disegna «la presenza attiva della società» «in ogni occasione di attuazione del potere»¹.

Nel 1980 Mario Nigro evidenziava come «la partecipazione procedimentale è un fenomeno di data antica ma, mentre ha avuto in passato una funzione meramente garantista, viene esplicando sempre più una funzione comunitaria»².

Nel 1994 Feliciano Benvenuti rilevava come «la serie consona alle tendenze attuali non può che essere la seguente: legittimazione-consenso-legittimità, dove la legittimità dell'atto è il risultato non solo dell'uso del potere da parte delle autorità [...] ma anche dell'intervento da parte del cittadino nell'esercizio della funzione (consenso)»³.

¹ G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 800.

² M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 231.

³ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, 103.

Nel 2004 il Consiglio di Stato ha affermato, «secondo indirizzi del tutto consolidati», che le disposizioni normative in materia di partecipazione al procedimento amministrativo «non vanno applicate meccanicamente e formalisticamente nel senso che sia necessario annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, ma vanno interpretate nel senso che non sono annullabili i procedimenti che hanno comunque raggiunto lo scopo»⁴.

Nel 2010, inoltre, sempre il giudice amministrativo d'appello ha posto l'accento sulla circostanza per cui «il raggiungimento della finalità partecipativa o l'impossibilità di incidere – con la partecipazione – sul contenuto del procedimento» vanno considerati «esimenti sufficienti ai fini della validità del provvedimento adottato senza la pedissequa osservanza delle norme»⁵.

Nel 2013, ancora, il Consiglio di Stato ha precisato che «tutte le norme che impongono all'amministrazione di adottare atti che favoriscono la partecipazione degli interessati» sono da interpretarsi «non in modo formale, ma in relazione alla finalità [...] per cui esse sono previste dal legislatore»⁶.

Richiamare, a mo' di *incipit* dell'indagine, una serie di brani ripresi da scritti di tre maestri del diritto amministrativo italiano della seconda metà del ventesimo secolo nonché alcuni passaggi estrapolati da pronunce del giudice amministrativo d'appello degli ultimi quindici anni potrebbe apparire una scelta quanto meno singolare, se non addirittura fuorviante.

I contributi dottrinali e gli arresti giurisprudenziali, infatti, si riferiscono tutti alla problematica della partecipazione procedimentale; al contempo, però, a chi scrive non sfugge come si tratti di affermazioni non pienamente raffrontabili.

Basti pensare, tra l'altro, alla circostanza per cui, mentre le citazioni dottrinali abbracciano un arco temporale più datato che inizia

⁴ Così Cons. St., sez. IV, 15 giugno 2004, n. 4018 che prosegue segnalando che «il canone fondamentale della conservazione degli atti giuridici, operante in tutti i settori dell'ordinamento, assume, nel diritto amministrativo, una valenza rafforzata in relazione alle specifiche regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravio del procedimento»; in precedenza, tra le altre, si cfr. anche Id., sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661.

⁵ Cons. St., sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7123.

⁶ Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2013, n. 4315.

alla metà degli anni Settanta per giungere sino alla prima fase applicativa della legge sul procedimento amministrativo, gli arresti giurisprudenziali coprono un periodo relativamente più recente.

Ad ogni modo, a più di trent'anni dall'entrata in vigore nell'ordinamento italiano della legge 7 agosto 1990, n. 241, resta il fatto che la lettura congiunta dei passaggi richiamati sollecita inevitabilmente molteplici interrogativi.

Qual è, oggi come oggi, il senso e la portata della partecipazione procedimentale? Quali finalità si perseguono effettivamente attraverso di essa? Queste finalità sono mutate nel corso del tempo, almeno parzialmente? E ancora: lo spazio riconosciuto alle dinamiche partecipative si è ampliato, si è circoscritto oppure è rimasto essenzialmente inalterato?

Tutti interrogativi, si badi, che non riguardano tanto, o comunque non solo, la dimensione funzionale o teleologica della partecipazione procedimentale in sé e per sé considerata, quanto piuttosto il differente atteggiarsi del formante partecipativo e della fisionomia che ha progressivamente assunto, oltre che degli schemi positivi per il tramite dei quali si è realizzato e continua a realizzarsi, al mutare delle esigenze a cui ha risposto, e seguita a rispondere, nei diversi momenti storici, nel quadro degli itinerari e delle trasformazioni più o meno profonde che hanno investito l'ordinamento nazionale⁷.

⁷ «La nozione di partecipazione appare essenzialmente, come una nozione, non teorica, ma pratica, o quantomeno come una nozione fortemente influenzata da presupposti ideologici oltre che strettamente legata alle situazioni storiche. Ogni definizione della partecipazione – cioè ogni tentativo di segnarne rigorosamente l'ambito è storicamente datato, oltre che ideologicamente orientato. Essa vale non tanto o non soltanto come *rappresentazione* di ciò che costituisce partecipazione, ma come *proposta* di organizzazione della partecipazione, come indicazione di *quale* e *quanta* partecipazione si voglia realizzare e di *come* si voglia realizzarla»: così, d'altronde, scriveva già M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., 229. Riflessioni analoghe si registrano anche nell'ambito della scienza del diritto amministrativo spagnolo: si v., tra gli altri, S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de la participación en la Administración*, in *Revista de Administración pública*, 1977, 519 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa*, in *Libro Homenaje a Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989; pur se con accenti più sfumati, considerazioni simili si rinvengono da tempo anche nella letteratura francese: si cfr., ad esempio, l'opera di G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968.

Per rispondere agli interrogativi posti, tuttavia, occorre guardarsi dal rischio di assumere una prospettiva di indagine statica, ovvero storicamente ossificata, imponendosi invece modalità di osservazione delle dinamiche partecipative attente a coglierne anche il movimento e, dunque, le relazioni con i mutamenti che hanno via via segnato, in particolare, le relative premesse assiologiche⁸.

Tra i molteplici aspetti che la scienza giuridica ha da tempo messo in luce circa i caratteri strutturali e funzionali della partecipazione procedimentale, d'altronde, ve ne sono due che è bene richiamare sin d'ora, in ragione della relativa propedeuticità rispetto a qualsivoglia lettura evolutiva dell'architettura partecipativa.

Il primo riguarda la «natura non assoluta del principio di partecipazione», muovendo dalla constatazione per cui, al ricorrere di determinate esigenze, questo principio possa risultare recessivo di fronte alla necessità di operare, in concreto, forme di bilanciamento con altri principi⁹.

Il secondo, invece, concerne la valenza marcatamente polifunzionale della partecipazione procedimentale.

⁸ Del resto, anche in una prospettiva di indagine giuridicamente orientata, per lo studio della partecipazione procedimentale, segnatamente da parte dei soggetti privati, sono essenziali i contributi della scienza politologica americana circa il problema della democrazia deliberativa: in particolare, si v. J.M. BESSETTE, *Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*, in R. GOLDWIN, W.A. SCHAMBRA (a cura di), *How Democratic is the Constitution?*, Washington, American Enterprise Institute, 1980, 102 ss.; S. BOSSON, J.L. MARTÌ (a cura di), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Aldershot, Ashgate, 2006, XIII. Si legga, però, anche J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* [1992], trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996. Per una posizione critica, invece, si v. J. BRENNAN, *Against Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2017².

⁹ In questo senso, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003², *Diritto amministrativo speciale*, 1078, il quale precisa che «in casi eccezionali», «la particolare morfologia procedimentale o l'emersione di particolari esigenze, quali la celerità, la tempestività, la segretezza, determinano la legittima compressione del principio di partecipazione» (1074). Nell'ambito della letteratura germanica, per una ricostruzione delle dinamiche partecipative che rivela interessanti similitudini con quella richiamata anche nel testo, si cfr. il recente contributo monografico di J. ZIEKOW, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Stuttgart, Kohlhammer, 2019, 77 ss. In generale, sui principi del diritto amministrativo, si rimanda a M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.

Secondo una delle ricostruzioni teoriche più accreditate, infatti, gli interventi partecipativi assolvono ad un triplice ordine di finalità: collaborativa, difensiva e democratica¹⁰.

La prima, quella per l'appunto collaborativa, preordinata – primariamente e per sé – ad ampliare il perimetro conoscitivo dell'amministrazione procedente, segnatamente per quanto concerne i contorni fattuali delle fattispecie di volta in volta rilevanti e il novero degli interessi secondari coinvolti, in vista della miglior soddisfazione possibile dell'interesse pubblico primario identificato dalla norma attributiva del potere.

La seconda, quella difensiva, funzionale ad assicurare, già *nel* procedimento e attraverso gli istituti all'uopo prefigurati, forme di tutela alle posizioni giuridiche soggettive coinvolte dall'esercizio del potere¹¹.

Va da sé, peraltro, come nell'alveo di tale accezione la dinamica partecipativa si risolve essenzialmente nella costruzione di modelli relazionali improntati allo schema del contraddittorio, in collegamento più o meno stretto con i complessi itinerari involgenti il paradigma del *due process of law*, ovvero il canone del giusto procedimento¹².

¹⁰ In proposito, si legga, per tutti, S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 25 ss.; una ricostruzione che, travalicando i confini nazionali, ha ispirato anche lo studio della partecipazione procedimentale in altri ordinamenti, come quello spagnolo: si v. C. CIERCO SEIRA, *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 2002, 78 ss.

¹¹ Sul contraddittorio nel procedimento amministrativo, la bibliografia è evidentemente vastissima: per il momento, quindi, ci si limita a rimandare al contributo di A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, anche per gli ulteriori ed essenziali riferimenti bibliografici.

¹² In relazione al *due process of law*, tra i contributi più recenti, si v. G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016; nell'ambito della letteratura giuridica italiana, in riferimento al principio del giusto procedimento, si cfr. innanzitutto V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.; per una analisi dei principali orientamenti giurisprudenziali, si legga già G. SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento tra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1980, 291 ss. Nell'ambito dell'ampia letteratura nordamericana su questi temi, un importante riferimento è rappresentato dal lavo-

La terza, evocativamente denominata democratica, attraverso cui si perseguirebbero obiettivi sistemici intimamente correlati a opzioni espansive dell'assetto democratico prefigurato dalla stessa Carta costituzionale e, in particolare, dal relativo regime pluralistico.

Facendo leva su tali preliminari acquisizioni, sulle quali si avrà comunque modo di tornare più ampiamente nel prosieguo, è a questo punto possibile circoscrivere l'ambito dell'indagine, precisandone meglio l'oggetto e gli obiettivi.

Se, infatti, l'oggetto dell'indagine sarà essenzialmente costituito dalla partecipazione procedimentale dei soggetti privati, mentre non ci si soffermerà su quella dispiegabile dai soggetti pubblici, anche quali interventori necessari, l'obiettivo ultimo si tradurrà nel tentativo di contribuire alle riflessioni intorno alle dinamiche partecipative e, in particolare, alla corrispondente natura strumentale.

All'indomani dell'approvazione della legge sul procedimento, d'altronde, la partecipazione procedimentale parve rappresentare una delle punte più radicalmente innovative del complessivo processo di ripensamento del sistema amministrativo italiano, nella prospettiva di inaugurare una *nuova* stagione nei rapporti tra amministrazione e amministrati¹⁵.

E così per molti versi è stato, pur non mancando voci che già allora si erano preoccupate di segnalare l'incompiutezza e le molteplici carenze della relativa configurazione positiva, a cui solo di recente si è posto tardivo e, probabilmente ancora parziale, rimedio¹⁴.

ro di J.L. MASHAW, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985; per l'ordinamento britannico, è invece utile la lettura di D.J. GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures. A study of Administrative Procedures*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

¹⁵ G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1994, 1305; G. BERTI, *Le difficoltà del procedimento amministrativo*, in *Amm.*, 1991, 220 ss.

¹⁴ Valga, a titolo esemplificativo, quanto segnalato proprio da M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, I, 10 ss., il quale, esaminando i contenuti del progetto di legge che sarebbe poi divenuto la legge n. 241/1990, osservava che «nel disegno di legge non trova più posto l'istruttoria pubblica che il titolo III art. 7 del testo originario prevedeva per l'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energetiche e l'esecuzione di opere pubbliche, che incidano in

Sebbene nel corso del tempo quelle originarie pulsioni non siano venute meno, ed anzi tendano periodicamente a riproporsi con forza, per quanto con caratteristiche non sempre lineari e talvolta contraddittorie, non c'è dubbio che le significative torsioni che hanno investito l'ordinamento italiano, a far data per lo meno dall'ultimo quindicennio, abbiano progressivamente concorso a ridefinirne la portata, al punto che si fatica sempre di più a scindere la dimensione partecipativa da ciò che, nell'alveo della vicenda relazionale che si estrinseca e sviluppa nel procedimento, ci si può limitare a declinare con il termine *risultato* dell'attività amministrativa¹⁵.

Si tratta di un fenomeno, come generalmente avviene quando ci si confronta con itinerari ordinamentali così complessi e articolati, i cui antecedenti causali sono evidentemente molteplici, involgendo evidentemente anche profili metagiuridici, a partire dalla rivoluzione tecnologica, dalla globalizzazione dei traffici e del mercato, dalla deflagrazione della crisi finanziaria ed economica tra il 2007 e il

modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio [...]. Considero l'eliminazione di questo precetto molto grave e priva di valide ragioni. Molto grave perché si tratta di un istituto che tende a realizzare finalità istruttorie con un metodo accentuatamente e originalmente partecipativo. Perché allora abolire l'istruttoria pubblica, tanto più che l'art. 7 del testo originario è estremamente cauto nel consentire il ricorso ad essa? È probabilmente l'attaccamento ad un'amministrazione segreta o aperta solo a soggetti individualmente selezionati che fa vedere male l'idea di una pubblicità così ampia quale è quella che assicura siffatta istruttoria». Si v. anche S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, Cedam, 1993, 3 ss.

¹⁵ Sul concetto di amministrazione di risultato o per risultati, senza pretesa di esaustività, si v. M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Annuario AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2002, 107 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, ivi, 127 ss.; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 941 ss.; si cfr. anche tutti i contributi raccolti in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2004; M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 2012; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "Amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, 63 ss.; ID., *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, II, 813 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.

2009, prima, e dallo scenario emergenziale indotto dalla più recente manifestazione pandemica, poi¹⁶.

In una prospettiva più strettamente giuridico-formale, d'altra parte, è al secondo comma dell'articolo 21-*octies* della legge n. 241/1990 e, in particolare, al relativo secondo periodo che molti riconoscono una certa primazia causale; non foss'altro perché è attraverso tale disposizione normativa, ancora oggi oggetto di molte discussioni, che soprattutto la giurisprudenza amministrativa perviene alla c.d. dequotazione dei vizi formali o, meglio, non invalidanti, tra i quali sono ricondotti o sono comunque finiti per rientrare anche diversi istituti o dispositivi espressione del paradigma partecipativo positivamente dato¹⁷.

Volendo allora estremizzare il concetto, e rinviando ad un momento successivo l'esame delle relative ragioni di fondo, si potrebbero così rappresentare i termini del discorso muovendo dalla constatazione per cui, trent'anni dopo l'approvazione della legge sul procedimento e seguendo una traiettoria differente rispetto alle attese iniziali, il principio partecipativo sembra rilevare, nel procedimento, fin tanto che concorre *strumentalmente* al raggiungimento del risultato.

Nonostante la ruvidezza dell'affermazione, e al netto degli argomenti, delle clausole generali o dei principi di volta in volta richiamati a valere quale relativo fondamento, tra cui quelli di certezza

¹⁶ Del resto, allorché «i ritmi evolutivi si fanno incalzanti e le linee di sviluppo penetranti e contraddittorie, l'adeguamento delle regole giuridiche alla attualità ed alla autenticità delle situazioni di interesse effettivamente prevalenti diventa più problematico e quasi sempre tardivo»: così A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 201 ss.

¹⁷ Anche su questi aspetti la bibliografia è ovviamente amplissima: in generale, quindi, ci si limita per il momento a rinviare a R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, 373 ss.; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, spec. 373 ss.; si v. anche i contributi raccolti in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009 nonché S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubb.*, 2015, 227 ss.; prima dell'introduzione dell'articolo 21-*octies* nel corpus della legge sul procedimento, si legga però A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della c.d. distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 737 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, Giuffrè, 1993, II, 1117 ss.

del diritto, di conservazione degli effetti degli atti giuridici o di raggiungimento dello scopo, unitamente ai canoni di efficienza ed economicità, è del resto questa l'impressione complessiva che si ricava rileggendo le affermazioni del giudice amministrativo richiamate in precedenza¹⁸.

Invero, la progressiva ridefinizione del paradigma partecipativo, quanto meno rispetto alle attese che le previsioni della legge del 1990 avevano suscitato, non sembra imputabile solamente alla successiva introduzione di una specifica disciplina positiva per i vizi non invalidanti: da un lato, infatti, orientamenti sostanzialistici o efficientistici erano emersi nella giurisprudenza amministrativa già nella stagione antecedente¹⁹; d'altro lato, poi, è innegabile come anche altri fattori abbiano gradualmente concorso a riconfigurare lo spazio e la stessa proiezione funzionale della partecipazione procedimentale.

Basti pensare, ad esempio, alla massimizzazione del principio della trasparenza, ai processi di liberalizzazione o comunque di deprocedimentalizzazione nonché, più recentemente, alla diffusione delle nuove tecnologie e soprattutto delle decisioni algoritmiche da parte delle pubbliche amministrazioni, anche nelle interazioni con gli amministrati; tutti fattori che, come meglio si vedrà, hanno – per certi versi – contribuito anch'essi a determinare una sorta di ridimensionamento, qualitativo e quantitativo, del ruolo che si era inizialmente prefigurato per la partecipazione procedimentale²⁰.

¹⁸ Con riferimento al principio di certezza del diritto, si v. M. CORSALE, *Certezza del diritto*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, 1; F. LÓPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968; per un'analisi delle correnti efficientistiche nell'ordinamento italiano, si legga R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016. Sulle clausole generali come «tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta», si legga L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 10; P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.; di recente, si cfr. anche P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.

¹⁹ Si v., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 18 marzo 1989, n. 170.

²⁰ In relazione ai processi di esternalizzazione, è sufficiente per il momento richiamare il saggio di G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 963 ss. Sulle traiettorie evolutive della trasparenza amministrativa, sino alle soglie del c.d. *open government*, invece, si leggano le recenti riflessioni di S.

In questa prospettiva, ad ogni modo, va da sé come un rilievo decisivo nell'apprezzamento della natura più o meno strumentale del modello, degli istituti e delle stesse dinamiche partecipative debba oramai riconoscersi al giudice amministrativo²¹.

Si assiste così alla progressiva affermazione di un itinerario ordinamentale che, pur non mettendo in discussione le ricostruzioni circa la polifunzionalità dell'assetto partecipativo, induce ad assumere una lettura della partecipazione procedimentale, finanche una visione, non valoriale e, dunque, tendenzialmente assolutizzante, ma strumentale, nel senso di pienamente immersa nelle dinamiche procedimentali e soprattutto intimamente correlata al perseguimento del risultato, ovvero alla soddisfazione degli interessi pubblici primari che, innanzitutto nel rispetto del principio di funzionalizzazione, l'amministrazione è doverosamente e concretamente chiamata a perseguire²².

Una strumentalità, però, che in sé e per sé non dovrebbe tradursi nella sostanziale marginalizzazione del paradigma partecipativo, ma che – come si vedrà – proprio una parte della giurisprudenza amministrativa, nel quadro di una dilatazione sempre più intensa del relativo sindacato sul *continuum* procedimento-processo, tende spesso a dequotare, a trasfigurare, in un accidente meramente formalistico rispetto al risultato *legale* da raggiungere.

VACCARI, M. RENNA, *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *giustamm.it*, 2019, 11 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 453 ss.; più in generale, sulla trasparenza come «paradigma», si v. il recente contributo monografico di E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2022.

²¹ Sul ruolo del giudice amministrativo, si v. S. CASSESE, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, ivi, 2020, 342; si v. anche ID., *Grandezze e insuccessi del giudice amministrativo*, ivi, 1988, 776 ss. Si cfr. anche i contributi in A. BARONE, E. FOLLIERI (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, Padova, Cedam, 2015.

²² In relazione ai «valori» in un ordinamento democratico, si leggano le pagine di G. BONGIOVANNI, *Democrazia*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 2021, spec. 64 ss.; sul principio di funzionalizzazione, si v. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

2. Metodologia e percorso della ricerca

Occupandosi dell'educazione del giurista, Sabino Cassese conclude richiamando un passo di Alexis de Tocqueville: «io ho avuto occasione di vivere con letterati che hanno scritto la storia senza però essere stati mai coinvolti negli affari, e con politici, che si sono occupati solo di produrre avvenimenti senza pensare a descriverli, ed ho osservato che i primi vedono dovunque cause generali, mentre i secondi, vivendo in mezzo ai fatti giornalieri, sconnessi tra loro, volentieri immaginano che tutto debba attribuirsi ad incidenti particolari e che le piccole molle che manovravano senza tregua con le loro mani siano quelle stesse che muovono il mondo. C'è da credere che si sbagliano gli uni e gli altri»²³.

Rileggendo la lezione vichiana e le relative influenze sullo stato e le prospettive del realismo giuridico, Marco D'Alberti ha osservato che «il giurista può ben utilizzare approcci e strumenti tipici della teoria economica, della scienza politica, della sociologia; può, in particolare, servirsi di “discorsi descrittivi” della realtà. Ma deve saper combinare “discorsi descrittivi” e “discorsi precettivi”, essendo questi ultimi essenziali nell'esperienza giuridica. Quest'ultima, altrimenti, perde la sua specificità»; il giurista, cioè, «non può arrendersi alla forza che sta nel fatto, ma è chiamato «a far emergere una prescrittività che conduca dalla forza alla ragione»; «dedicare la massima attenzione al fatto», quindi, non deve tradursi in una «accettazione passiva di una realtà priva di ragione e di equilibrio»²⁴.

Pur trattandosi di meri richiami a riflessioni ben più articolate e profonde, anche nei corrispondenti antecedenti concettuali, le af-

²³ S. CASSESE, *L'educazione del giurista*, testo della relazione tenuta presso l'Università Bocconi, Scuola di giurisprudenza, in collaborazione con l'Alumni Bocconi Association – Gruppo Giuristi, di Bocconi Legal Papers e Bocconi – Student International Law School, Seconda Giornata del giurista su “L'identità del giurista: un confronto con le altre scienze sociali”, Milano, 17 maggio 2011, in www.irpa.eu.

²⁴ M. D'ALBERTI, *Vico, il metodo giuridico e il diritto dell'età globale*, in E.M. MARENGHI (a cura di), *Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 54 e 56. Si cfr. anche R. BIN, *Orlando reloaded*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020, 395 ss.

fermazioni riportate delineano chiaramente alcune delle coordinate metodologiche più generali entro cui si svilupperà l'indagine.

Coordinate che, a ben vedere, non rispondono solamente ad una scelta dovuta alle personali convinzioni dell'autore, ma soprattutto all'esigenza, strettamente connessa all'oggetto e agli obiettivi stessi della ricerca, di far *seguire* il metodo al problema²⁵.

Si è già avuto modo di chiarire, infatti, come lo scopo ultimo non sia quello di ripensare, o anche solo rileggere, la dogmatica partecipativa né, per questa via, di ridefinirne i contorni strutturali e funzionali.

L'obiettivo, invece, è più semplicemente quello di soffermarsi sugli itinerari che ne hanno caratterizzato gli sviluppi, specialmente dai primi anni Novanta fino ad oggi, per riflettere sulle relative traiettorie ordinarie, in chiave sempre più strumentale, tenendo in debito conto non solo la *law in book*, ma necessariamente anche la *law in action*, e dunque il *movimento* e il divenire del sistema giuridico.

È, d'altronde, appena il caso di sottolineare che proprio la complessiva vicenda della partecipazione procedimentale dei soggetti privati nell'ordinamento italiano non può farsi evidentemente iniziare con l'entrata in vigore della legge del 1990, né ricondursi esclusivamente alle corrispondenti disposizioni normative, rinvenendo importanti antecedenti in alcuni ambiti materiali e discipline settoriali, come quelli dell'urbanistica e dell'ambiente²⁶.

²⁵ S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2006, 597 ss., il quale infatti rileva che «da giuristi, studiamo il procedimento amministrativo, considerato tema centrale della nostra materia. E ci chiediamo quali siano le condizioni di un giusto procedimento. Se, ad esempio, sia necessario garantire la partecipazione ad esso del privato. A chi garantirla. Fino a qual punto assicurare il contraddittorio. Come realizzare l'indipendenza dell'organo istruttorio. Non ignoriamo, tuttavia, che il procedimento e la sua struttura non sono politicamente neutrali. Il procedimento è anche uno strumento di controllo politico decentrato della burocrazia da parte del corpo politico. Può servire a raccogliere le informazioni che sono rilevanti per raggiungere certi fini pubblici, coerenti con le preferenze dei politici. Può evitare che l'amministrazione si amministri, costringendola ad ascoltare gli interessi privati e collettivi».

²⁶ Ambiti materiali e discipline settoriali che, come tali, hanno storicamente inciso sia nella successiva costruzione della modellistica partecipativa sia, più in generale, nella formazione della "cultura" giuridica in tema di partecipazione procedimentale, anche dello stesso giudice amministrativo: al riguardo, sulle forme e sul-

Per raggiungere gli obiettivi dati, di conseguenza, si procederà innanzitutto alla ricostruzione e all'analisi dei profili funzionali della partecipazione procedimentale, soffermandosi in particolare sulle molteplici finalità a cui dovrebbe fisiologicamente assolvere, al pari di talune derive che invece ne segnano patologicamente i percorsi.

Di tutto ciò si dirà nel primo capitolo.

Sulla base di tali preliminari acquisizioni, nel secondo capitolo si richiameranno le tensioni che, nell'ordinamento italiano, da tempo investono le interrelazioni tra le dinamiche partecipative e il perseguimento del risultato del e nel procedimento amministrativo; in particolare, al fine di riflettere intorno ai caratteri sempre più strumentali della prime rispetto al secondo, si esamineranno sia il concetto di risultato dell'attività amministrativa sia gli itinerari della giurisprudenza amministrativa circa la disciplina dei vizi formali o non invalidanti prevista dall'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge sul procedimento.

Sempre nell'ottica di arricchire l'analisi in ordine ai contorni della partecipazione strumentale, il terzo capitolo sarà quindi dedicato ad identificarne alcune ulteriori tracce nell'attuale scenario ordinamentale, *oltre* gli orientamenti giurisprudenziali in tema di vizi non invalidanti; nello specifico, muovendo innanzitutto dalle influenze sovranazionali ed europee che potrebbero averne favorito l'emersione, si rivolgerà l'attenzione ad alcune figure fortemente significative, come ad esempio quella del soccorso istruttorio.

Infine, nel quarto e ultimo capitolo, si iscriveranno gli itinerari della partecipazione strumentale nel quadro del sindacato sul *continuum* procedimento e processo amministrativo, soffermandosi sul decisivo ruolo a tal fine svolto dal giudice amministrativo.

le modalità di partecipazione dei soggetti privati nei procedimenti di pianificazione del territorio, a partire dai contenuti della legge 17 agosto 1942, n. 1150 s.m.i., sia consentito il rinvio a T. BONETTI, *Il diritto del governo del territorio in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 124 ss.; per la materia ambientale, invece, è sufficiente per il momento richiamare quanto previsto dall'art. 6 della direttiva 85/337/CEE del Consiglio del 27 giugno 1985, concernente «la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati», anche a riprova del rilievo della stessa dimensione europea nello sviluppo degli itinerari partecipativi.

Ci si riserverà, tuttavia, una chiosa finale, essenzialmente per dar conto di talune prospettive che, alla luce dei contenuti dei programmi europei e nazionali preordinati al rilancio sociale ed economico a seguito dell'esplosione dell'evento pandemico nel 2020, potrebbero dischiudersi, nel prossimo futuro, in vista di un ritorno, ovvero di una ulteriore affermazione, del valore della partecipazione dei soggetti privati, anche in sede procedimentale.

Nel licenziare le bozze del libro, un sentito e sincero ringraziamento desidero rivolgere a tutti coloro che, con la presenza, i suggerimenti e le osservazioni, ne hanno accompagnato e sostenuto la genesi e lo sviluppo finale; tra questi, una menzione speciale merita, oltre e sempre Marco Cammelli e Marco Dugato, in particolare Giuseppe Caia, Tomaso F. Giupponi, Marcella Gola, Giuseppe Piperata e Mauro Renna.

Di ogni errore od omissione rimane comunque responsabile unicamente l'autore di questo libro.

CAPITOLO I

LA POLIFUNZIONALITÀ DELLA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE TRA FISIOLOGIA E PATOLOGIA

SOMMARIO: 1. La polifunzionalità della partecipazione procedimentale: profili generali. – 2. La partecipazione collaborativa. – 3. La partecipazione difensiva. – 4. La partecipazione democratica. – 5. Le derive patologiche del principio partecipativo. – 5.1. *segue*: la partecipazione sovrabbondante. – 5.2. *segue*: la partecipazione aggressiva.

1. *La polifunzionalità della partecipazione procedimentale: profili generali*

Rappresentare i contorni funzionali della partecipazione procedimentale, segnatamente nella prospettiva dell'intervento dei soggetti privati, presenta diversi ostacoli teorici e applicativi¹.

¹ Relativamente ai «modi» attraverso cui «gli amministrati possono partecipare alle attività delle amministrazioni pubbliche», si legga M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 1 ss., il quale, accanto alla partecipazione procedimentale, richiama anche altre forme di partecipazione, tra cui quella «istituzionale» o «organica» e quella «in funzione di controllo sul rendimento e sulla qualità delle prestazioni rese», segnatamente nell'ambito del regime dei servizi pubblici nazionali e locali. In generale, con riguardo alle forme, modalità e finalità della partecipazione degli interessati ai procedimenti amministrativi, la bibliografia è sterminata, anche solo limitandosi alla scienza giuridica italiana; di seguito, quindi, si indicano alcuni contributi di respiro più ampio che, nel corso della trattazione, saranno via via integrati e arricchiti attraverso richiami più specifici nonché mediante il riferimento ad altre opere: S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 13 ss.; ID., *Il privato e il*

Su tutti, quello per cui sulla partecipazione procedimentale, sul relativo disegno normativo di fonte ultrastatale e nazionale al pari delle dinamiche attraverso cui si sviluppa in concreto, finiscono spesso per scaricarsi rilevanti questioni sistemiche e complesse traiettorie ordinamentali².

La locuzione “partecipazione procedimentale” tende così a riempirsi di significati, accezioni e valenze sempre più ampie e diversificate, in corrispondenza o comunque quale riflesso delle aspettative, delle ansie e delle attese che contraddistinguono il quadro mutevole e cangiante dei rapporti tra le amministrazioni pubbliche e gli amministrati, riversandosi così entro il relativo perimetro funzionale e, per ciò solo, strutturale³.

procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza, cit., 25 ss.; A. CROSETTI, F. FRACCHIA (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2002; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; S. COGNETTI, “Quantità” e “qualità” della partecipazione, Milano, Giuffrè, 2000; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996; G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1964; sempre tra i lavori meno recenti, inoltre, si v. G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 779 ss.; M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini, 1977; F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1977, 1713 ss. Di recente, sulla regola della legalità procedurale elaborata dalla giurisprudenza amministrativa e ripresa anche dalla giurisprudenza costituzionale, si legga il saggio di G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 749 ss.

² Del resto, come osserva M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., 226, «Nel suo significato più elementare, che rende però benissimo la sostanza del fenomeno [...], la partecipazione indica e realizza il “prender parte” ad un processo di decisione, di soggetti diversi da quelli ai quali un ordinamento attribuisce istituzionalmente la competenza a provvedere e che ordina (organizza) stabilmente per questo scopo». È, però, «proprio da questo punto (e, cioè, immediatamente) che cominciano i problemi. A parte la stranezza – la quale denuncia già subito la complessità e singolarità del fenomeno – di definire e trattare come “estraneo” il cittadino che in una democrazia dovrebbe essere il padrone di casa, ogni tentativo di definire come maggiore precisione e astrattamente le due categorie dell’“estraneo” e del “domestico” – e quindi di determinare con certezza e stabilità, i confini della partecipazione individuando le forme mediante le quali si realizza l’implicazione del primo nell’attività del secondo – urta contro ostacoli insormontabili dal momento che, vivendo i due termini soltanto nella loro distinzione e relazione, essi finiscono per esprimere le realtà più diverse accomunate soltanto dall’esistenza (comunque si esprima in concreto) dell’antitesi».

³ Per F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit., 103, del resto, «a ben vedere, la serie consona alle tendenze attuali non può che

E sebbene gli schemi e le tecniche partecipative, anche in relazione alle dimensioni finalistiche a cui rispondono, non possano cogliersi compiutamente se non iscrivendone le forme e i percorsi nell'alveo della sede primaria entro cui sono chiamate a manifestarsi, ovvero quella del procedimento amministrativo, vero è che alla partecipazione procedimentale si è spesso guardato come a uno dei possibili rimedi per (provare ad) affrontare i molti nodi irrisolti del sistema amministrativo italiano⁴.

Alla «qualità» e alla «quantità» partecipativa che l'ordinamento è in grado di assicurare nello svolgimento dell'azione procedimentale, in altri termini, come ad una delle soluzioni per arginare, forse più che per risolvere, la questione amministrativa⁵.

Ciò che, a prescindere da una certa retorica partecipativa che pure affiora più o meno carsicamente nel discorso pubblico, sembra – almeno in parte – potersi spiegare muovendo dal presupposto per cui le molteplici elaborazioni giuridiche relative all'assetto partecipativo rinvencono di volta in volta i propri antecedenti concettuali nell'adesione a correnti di pensiero involgenti storicamente non solo la teoria generale del diritto, ma anche le scienze politologiche, sociologiche ed economiche, oltre agli studi filosofici e persino teologici⁶.

essere la seguente: legittimazione-consenso-legittimità, dove la legittimità dell'atto è il risultato non solo dell'uso del potere da parte delle autorità [...] ma anche dell'intervento da parte del cittadino nell'esercizio della funzione (consenso)».

⁴ In generale, per alcune riflessioni sulle più recenti trasformazioni e convulsioni del sistema amministrativo italiano, si v. M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure e riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, 9 ss.; S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2014, *passim*. Si legga anche A. BARTOLINI, S. FANTINI, *Le ragioni della specialità. Principi e storia del diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017.

⁵ Al riguardo, si v. S. COGNETTI, «Quantità» e «qualità» della partecipazione, *cit.*, 8 ss.

⁶ Si consideri, e solamente a mera dimostrazione della indiscutibile centralità del problema partecipativo nella storia del pensiero occidentale, il rilievo che il concetto stesso di partecipazione ha assunto nella dottrina scolastica e, in particolare, nell'opera di Tommaso d'Aquino a cui si deve la nota espressione «*Est autem participare quasi partem capere*» (Tommaso d'Aquino, *Expositio libri Boetii De ebdomadibus*, lc. 2). Non sono, ad ogni modo, rievocabili in questa sede i tratti e gli itinerari generali che hanno segnato il dibattito intorno al tema della partecipazione nelle varie epoche storiche e nell'ambito delle diverse discipline: come osserva R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*,

Da qui, tra l'altro, l'emersione e la progressiva consolidazione di orientamenti che, al netto delle posizioni più o meno intermedie, hanno finito per attestarsi su versanti se non diametralmente opposti quanto meno differenti nella lettura giuridicamente orientata del fenomeno partecipativo; basti pensare, a riprova di ciò, alla percepibile distanza di accenti che separa coloro che hanno teorizzato l'idea dell'«amministrazione condivisa» da quelli che – viceversa – hanno radicalmente contestato la possibilità di «accostare il soggetto privato all'amministrazione»⁷.

Una diversità di accenti i cui riflessi, d'altra parte, si possono visibilmente cogliere sia nella problematica ricostruzione, innanzitutto sul piano teorico, della figura dei beni comuni⁸ sia, per altro ver-

2017, 209, del resto, quello della partecipazione procedimentale è «tema antico, e forse persino vetusto, sul quale sono stati davvero versati fiumi d'inchiostro e che, nel momento attuale, si arricchisce di variabili concettuali, e anche ideologiche, che ne disvelano a tutto tondo l'attualità, un'attualità addirittura inattesa e sconcertante».

⁷ Così, tra gli altri, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005⁷, 416; relativamente alla prima impostazione, invece, si v. G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 43 ss., per il quale si assiste da tempo all'emersione di un nuovo modello di amministrazione «fondato sull'ipotesi che allo stadio attuale di sviluppo della società italiana esistano i presupposti per impostare il rapporto fra amministrazione e cittadini in modo tale che questi ultimi escano dal ruolo passivo di amministrati per diventare soggetti attivi che, integrando le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione, si assumono una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale». Aggiunge, peraltro, il medesimo A. che «il modello organizzativo che consentiva tale "alleanza" nell'interesse generale fra cittadini e amministrazioni fu definito "amministrazione condivisa" per distinguerlo sia dalla partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, sia da altre forme di partecipazione ai processi decisionali pubblici, quali la democrazia partecipativa e deliberativa. Nell'amministrazione condivisa cittadini e amministrazioni condividono infatti non l'esercizio di un potere, bensì responsabilità e risorse per la soluzione di problemi di interesse generale»; si v. anche ID., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 117-118, 1997, 29 ss.; nonché ID., *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1976, 286 ss.

⁸ Per G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, cit., 43 ss. ad esempio, «Le attività di cura dei beni comuni configurano in sostanza una nuova modalità di partecipazione alla vita pubblica che, sia pure sotto l'apparenza molto concreta della manutenzione e gestione di spazi e beni pubblici, contribuisce a riempire il vuoto fra società e istituzioni, facendo circolare nuova linfa nei circuiti in parte sclerotizzati della democrazia tout court, senza aggettivi». In generale, al riguardo, si rimanda per il momento agli scritti di F. CORTESE, *I beni mutanti. Fisiologia e sfide del dibattito sui beni comuni*, in *Munera*, 2018, 13 ss.; ID., *Che cosa*

so, anche in relazione ai percorsi di istituzionalizzazione e positivizzazione delle più innovative forme partecipative⁹.

Osservando l'ordinamento italiano, ad ogni modo, resta il fatto come la partecipazione procedimentale dei soggetti privati non possa essere ricostruita «in maniera monolitica»¹⁰.

Oltre a non corrispondere né alla *law in books* né tanto meno alla *law in action*, infatti, una tale approccio riduzionista rischierebbe di offrirne una rappresentazione fatalmente stereotipata, risolvendone la relativa questione teleologica nell'alveo di «una generica esigenza di “partecipazione”»¹¹; un'esigenza di partecipazione, cioè, che si finirebbe irrimediabilmente per considerare e, per l'effetto, riconoscere come rilevante primariamente e per sé.

Vero è, invece, che la partecipazione procedimentale adempie e persegue plurime e concorrenti finalità che, come tali, si riverberano anche sui corrispondenti istituti così come positivamente declinati, potendo persino preconstituire le condizioni – come noto – per la formazione e la conclusione di accordi tra la stessa amministrazione procedente e i soggetti privati¹².

sono i beni comuni?, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 37 ss.

⁹ Si v. V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹⁰ Così E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, Giuffrè, 2008, 213.

¹¹ Ancora, *ibidem*, 213.

¹² Come, per l'appunto, dimostrano le previsioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 11 della legge n. 241/1990, su cui si cfr., di recente, S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, Giappichelli, 2020; M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 674 ss.; tra gli altri, si v. però anche R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, Cedam, 1998; P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003; si legga anche N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1997, 1 ss.

Da tempo, d'altronde, la scienza giuspubblicistica italiana, e non solo, ha riconosciuto alla partecipazione procedimentale una valenza marcatamente polifunzionale¹³.

Secondo la principale ricostruzione sistematica, infatti, sono almeno tre le funzioni a cui assolve: di *collaborazione*, ogni qual volta si contribuisce a nutrire l'attività amministrativa in vista del raggiungimento degli scopi di interesse pubblico primario che l'amministrazione procedente è tenuta a perseguire sulla base della norma attributiva del potere funzionale; di *difesa*, quale strumento di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive che fronteggiano l'esercizio di un determinato potere ovvero, per altro verso, come espressione del più generale principio del giusto procedimento; di *democratizzazione*, allorché risponde per l'appunto ad un'esigenza di rafforzamento e promozione del paradigma democratico¹⁴.

Si tratta di una tripartizione che ha influenzato profondamente gli studi successivi e che può dunque costituire un solido punto di partenza per l'indagine¹⁵.

Prima di procedere in questo senso, soffermandosi su ognuna delle tre funzioni che informano finalisticamente l'intervento dei soggetti privati nel procedimento, è bene però sottolineare sin d'ora quattro ulteriori aspetti da cui l'analisi non potrà evidentemente prescindere.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla circostanza per cui gli attori privati che intervengono nel procedimento, lungi dal poter essere forzatamente ricondotti ad unità, sono e si presentano – in realtà – come un universo soggettivamente composito e variegato, innanzitutto perché differenti sono la natura e la dimensione degli interessi di cui si fanno distintamente portatori, e tale immanente differenziazione si riflette fortemente sulla corrispondente *vis* parteci-

¹³ M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, cit., 2 ss.; A. ZITO, *I profili funzionali del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 159 ss.

¹⁴ S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, cit., 25 ss.

¹⁵ Come evidenzia E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, cit., 213, spec. in nt. 5.

pativa nello svolgimento del procedimento e, per ciò solo, nella forza con cui la relativa posizione tende a manifestarsi¹⁶.

In secondo luogo, è appena il caso di sottolineare che se è vero che la partecipazione procedimentale persegue plurime e concorrenti finalità e che, come tali, queste finalità si riverberano anche sui corrispondenti istituti così come positivamente declinati, è altrettanto vero che le medesime finalità si manifestano in relazione agli stessi istituti partecipativi con intensità e gradazioni differenti.

Basti pensare, a riprova di ciò, alla comunicazione di avvio del procedimento prevista dall'articolo 7 della legge n. 241/1990 ovvero alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda introdotta invece dal successivo articolo 10-bis.

Se, infatti, della prima può predicarsi una valenza potenzialmente suscettibile di ricollegarsi a tutte le finalità partecipative, costituendo d'altra parte una figura dai contorni quasi pre-partecipativi, la seconda si può invece iscrivere, quale sub-fase endoprocedimentale a contraddittorio necessario, essenzialmente in una dimensione funzionalmente difensiva¹⁷.

In terzo luogo, poi, è utile evidenziare come la modellistica partecipativa, al pari delle finalità effettivamente perseguite dall'ordinamento per il relativo tramite, si atteggi in termini differenziati in riferimento alle funzioni amministrative specificatamente conferite alle singole amministrazioni pubbliche e, per l'effetto, al tipo di potere al cui esercizio sono doverosamente preposte in vista della cura degli interessi pubblici ad esse affidati; ciò che, a ben vedere, non involge solo la pur decisiva distinzione, anche a questi fini, tra pote-

¹⁶ Una questione, quella evocata nel testo, che investe soprattutto la forza partecipativa dei poteri economici o comunque degli interessi più organizzati, su cui si v. *infra*, par. 5.2.

¹⁷ Sulla comunicazione di avvio del procedimento, tra gli altri, si v. M.A. SANDULLI, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza (spunti dai recenti progetti di riforma)*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 5, 1595 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La comunicazione di avvio del procedimento dopo la l. n. 15 del 2005. Potenziata nel procedimento, dequotata nel processo*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 6, 1969 ss. Sul c.d. preavviso di rigetto, invece, si v. F. TRIMARCHI BANFI, *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 353 ss.; S. FANTINI, *Il preavviso di rigetto come garanzia "essenziale" del cittadino e come norma sul procedimento*, in *Urb. app.*, 2007, 1384 ss.; E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, 1003 ss.

ri ablatori o accrescitivi ovvero, più in generale, tra amministrazione di «regolazione» o delle «prestazioni», ma sempre di più anche i processi di progressiva settorializzazione che, complici sempre più spesso i complessi itinerari globali, sovranazionali ed europei, conformano i molteplici ambiti dell'azione amministrativa¹⁸.

A prima vista, infatti, l'assetto strutturale delle forme e delle modalità proprie della partecipazione procedimentale sembra potersi raffigurare – ancora oggi – sulla falsariga dello schema positivo disegnato dall'articolo 10 della legge n. 241/1990; uno schema, cioè, caratterizzato dalla compresenza di due momenti distinti, per quanto intimamente correlati sul piano logico-giuridico, ovvero il diritto di accesso endoprocedimentale e il diritto di «far sentire la propria voce», soprattutto attraverso la presentazione di memorie scritte e documenti¹⁹.

In linea generale, quindi, il volto della partecipazione potrebbe continuare a descriversi in chiave essenzialmente formale e documentale; un volto, quindi, segnato da una fisionomia meccanicamente improntata ad una certa staticità di fondo.

Una siffatta ricostruzione, però, rischia di offuscarne i contorni effettivi che, oggi come oggi, variano dinamicamente – per forme, modalità e soprattutto intensità – non solo da funzione a funzione, ma anche da settore a settore.

Si considerino, in questa prospettiva, gli ambiti settoriali del governo del territorio, dell'ambiente e dei servizi pubblici, soprattutto locali, ove evidenti sono ormai le innovazioni rispetto all'archetipo

¹⁸ Riporta, ad esempio, L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, Il Mulino, 2018, spec. par. 6, il caso del «finanziamento di opere e infrastrutture pubbliche da parte della Banca mondiale». «In questo caso, un'amministrazione nazionale, per realizzare un'opera pubblica, accede al finanziamento della Banca mondiale, "accettandone" le relative condizioni. Tra queste ultime, vi sono anche quelle dettate dalle *operational policies* o *guidelines* della Banca, dirette anche ad assicurare la tutela dell'ambiente o a garantire la partecipazione delle popolazioni coinvolte. Così, quando uno Stato o un ente locale avviano la realizzazione di un progetto finanziato dalla Banca, essi accettano al contempo di seguire una serie di regole. Il che influisce significativamente sulla forma e sulla sostanza del processo decisionale delle amministrazioni, soprattutto con riferimento alla localizzazione delle opere, alle procedure di esproprio, alle eventuali forme perequative e compensative per i soggetti interessati».

¹⁹ Si cfr. M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, cit., 5.

partecipativo sussunto nella legge generale sul procedimento, anche quale esito della graduale positivizzazione o comunque istituzionalizzazione di sperimentazioni da tempo avviate nella prassi amministrativa²⁰.

Accanto ad una fisiologia partecipativa, poi, anche la scienza giuridica ha da tempo messo in luce, dandone ampiamente conto, talune derive più o meno patologiche o comunque degenerative che possono caratterizzare la partecipazione procedimentale: derive che assumono, alle volte, le forme della partecipazione «sovraabbondante», altre volte quella della partecipazione «aggressiva»²¹.

²⁰ Quanto ai processi di governo del territorio, si v. l'art. 56 della legge regionale Emilia-Romagna 21 dicembre 2017, n. 24 s.m.i., laddove si prevede che «Per ogni procedimento di pianificazione territoriale e urbanistica l'amministrazione procedente nomina, nell'ambito del personale assegnato all'ufficio di piano, il "Garante della comunicazione e della partecipazione", distinto dal responsabile del procedimento, il quale ha il compito di garantire: a) il diritto di accesso alle informazioni che attengono al piano e ai suoi effetti sul territorio e sull'ambiente; b) la partecipazione al procedimento dei cittadini e delle associazioni costituite per la tutela di interessi diffusi; c) il diritto al contraddittorio dei soggetti nei confronti dei quali il piano è destinato a produrre effetti diretti, prevedendo l'approvazione di un vincolo di natura espropriativa o conformativa; d) il proficuo svolgimento dei processi partecipativi, di istruttoria pubblica e contraddittorio pubblico, ove disposti ai sensi dell'articolo 45, comma 8». In materia ambientale, per altro verso, si cfr. gli articoli 24 e 24-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 s.m.i. relativamente allo svolgimento del procedimento di valutazione di impatto ambientale. Più in generale, poi, si v. l'articolo 22 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i. in riferimento alla procedura di dibattito pubblico prevista nell'ambito del regime delle opere pubbliche (si cfr., per quanto riguarda il relativo regime attuativo, anche il successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 maggio 2018, n. 76). Si cfr., infine, anche la previsione di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 s.m.i. che stabilisce la sottoposizione dello schema di atto deliberativo preordinato alla costituzione di una società a partecipazione pubblica ovvero all'acquisto di partecipazioni, anche indirette, da parte di amministrazioni pubbliche in società già costituite «a forme di consultazione pubblica». Interessante, poi, è anche il caso delle sperimentazioni nelle forme di organizzazione dei servizi pubblici locali, come ha dimostrato, in una prospettiva ben più generale, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; in relazione ai livelli locali, si leggano però anche le pagine di I.M. MARINO, *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, Cedam, I, 211 ss.

²¹ Per una efficace rappresentazione delle principali derive patologiche che possono segnare la partecipazione procedimentale, si v. M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, in *Treccani, Diritto on line*, 2015, la quale evoca anche quella meramente «simbolica», sulla quale però si cfr. *infra*, cap. II.

Presentandosi quali ulteriori tratti qualificanti del più complesso fenomeno partecipativo nell'attuale scenario ordinamentale, di conseguenza, anche su queste manifestazioni patologiche ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione; non prima, però, di aver delineato più compiutamente le tre funzioni a cui tradizionalmente risponde la partecipazione procedimentale dei soggetti privati²².

2. *La partecipazione collaborativa*

Che la partecipazione degli interessati nel procedimento assolve a una finalità collaborativa è acquisizione senz'altro consolidata nell'ambito della letteratura giuridica italiana²³.

In generale, infatti, può dirsi che la partecipazione assolve a funzione collaborativa allorché l'apporto dell'interveniente è qualificato e conseguentemente apprezzato innanzitutto come un contributo funzionale ad acquisire una più compiuta conoscenza del substrato fenomenico sottostante e della multiforme trama degli interessi coinvolti; un contributo quindi che, a prescindere dalle finalità più o meno egoistiche o comunque soggettive che hanno eventualmente mosso il soggetto privato, diviene causalmente orientato all'ampliamento della sfera conoscitiva dell'amministrazione procedente,

²² Accedendo all'impostazione per cui la partecipazione procedimentale dei soggetti privati presenta una natura polifunzionale, secondo quanto rappresentato nel testo, è meramente convenzionale la scelta di soffermarsi innanzitutto sulla partecipazione collaborativa.

²³ In proposito, va richiamata l'osservazione di G. BERTI, *Procedimento, procedura, processo*, cit., 780 in relazione ai primi studi sul procedimento amministrativo, per il quale la «partenza va ritrovata nella necessità di rendere sostanzialmente avvertibile e decifrabile ciò che viene svolto prima che il provvedimento amministrativo faccia calare sul privato il suo effetto: un bisogno di conoscenza, prima ancora che un bisogno di difesa, essendo comunque esigenza elementare che la conoscenza venga prima della difesa». E infatti, «il farsi dell'atto era tutt'altro che estraneo alle ricerche e agli stilemi della dottrina più antica: dovendosi controllare il provvedimento, i precedenti della sua esternazione dovevano pure essere conoscibili». Secondo l'a., quindi, veniva «ad emergere l'idea della formazione della fattispecie, e si andava per così dire riempiendo di dati giuridicamente apprezzabili tutto lo spazio compreso fra la premessa e la conclusione dei sillogismi giuridici».

risultando così «strettamente preordinato alla scelta delle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico»²⁴.

Consente, in altri termini, «all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi sui quali essa deve basare le sue scelte» e, così concepita, «ausilia la pubblica amministrazione, è al servizio di essa», così da «accrescerne l'efficacia»²⁵.

Secondo l'ottica collaborativa, pertanto, l'apporto partecipativo permette al decisore pubblico di assumere determinazioni «maggiormente ponderate» attraverso «l'acquisizione di tutti gli interessi in gioco e degli elementi fattuali rilevanti nel caso concreto»²⁶.

In questa prospettiva, di conseguenza, l'apporto collaborativo non risulta riconducibile esclusivamente nell'alveo di logiche difensive delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte, ma risponde in primo luogo alle esigenze dell'amministrazione, segnatamente in senso oggettivo, in vista di un miglior o comunque più corretto esercizio dei poteri discrezionali²⁷.

Vero è, però, che sulla partecipazione procedimentale in funzione di collaborazione si sono formati nel corso del tempo diversi orientamenti²⁸; rispetto al nucleo più ristretto di cui si è dato conto,

²⁴ «Certo, il soggetto che partecipa, soprattutto se si tratta di un privato, interviene per tutelare la propria posizione. Tuttavia, sul piano della teoria generale, il concetto di manifestazione indica un fatto capace di rivelare un altro fatto giuridicamente rilevante. L'altro fatto giuridicamente rilevante va individuato a prescindere dal movente psicologico che muove l'interveniente, estrapolandone cioè il significato per così dire oggettivo, indipendentemente dall'eventuale esigenza di difesa nei confronti dell'amministrazione che spinge il partecipante ad intervenire»: così, molto nitidamente, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 420.

²⁵ Così S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 14, il quale evidenzia ulteriormente che «la partecipazione serve a rendere più efficace l'azione amministrativa», essendo quindi innanzitutto «in funzione di quest'ultima» (39).

²⁶ «A volte, poi, destinatari del provvedimento sono soggetti privati portatori di interessi in conflitto. Incrociando dati e valutazioni, l'autorità pubblica accresce il patrimonio informativo a disposizione ai fini dell'adozione del provvedimento finale»: così G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, 217.

²⁷ Si v. Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2003, n. 1882; Id., sez. IV, 13 dicembre 2001, n. 6238.

²⁸ Per un'ampia ed efficace ricostruzione dei diversi orientamenti, si v. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, spec. 5 ss.

e più o meno comune ai diversi filoni di pensiero, la rappresentazione collaborativa della partecipazione è stata variamente declinata, anche quale riflesso delle concezioni storicamente date circa i rapporti tra amministrazione e amministrati.

In particolare, e pur assumendo come tutte le periodizzazioni una valenza eminentemente convenzionale, si possono distinguere due fasi.

Nella stagione della non pariteticità, vera o parzialmente presunta che fosse, l'affermazione della portata essenzialmente collaborativa della partecipazione procedimentale finiva infatti per assumere il significato di ricondurre l'apporto dei soggetti privati ad una attività meramente dipendente rispetto alla soddisfazione dell'interesse pubblico di cui l'amministrazione era istituzionalmente portatrice²⁹; fintanto che i contorni delle relazioni tra amministrazione e cittadini venivano ricostruiti in termini non paritetici, o comunque diffusamente percepiti come tali, il contributo di coloro che partecipavano poteva quindi sostanzialmente derubricarsi ad una azione di «completamento» e «integrazione» della «forma procedimentale che sorreggeva l'atto esecutivo autoritario»³⁰.

Ne conseguiva, come è stato ben osservato, che «se proprio per l'alto livello di contrapposizione tra posizione (e interessi) del privato e posizione (e interesse) dell'amministrazione si tendeva a ricercare nella partecipazione una possibilità di difesa delle ragioni del singolo, si doveva poi concludere, appunto per l'essenza prettamente autoritaria dell'agire amministrativo, che tali ragioni potevano trovare tutela solo in quanto serventi al perseguimento del miglior interesse pubblico, attraverso cioè una funzione collaborativa, quali interessi solo occasionalmente protetti all'interno dell'ordinamento»³¹.

In seguito, indicativamente a far data dai primi anni Ottanta, lo scenario inizia a mutare radicalmente, assistendosi a una rielabora-

²⁹ Si cfr. G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971, 63 ss.; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, 210 ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, 255 ss.; in precedenza, si v. anche F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 397 ss.

³⁰ Così G. BERTI, *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 444 ss.

³¹ In questi termini, A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., 7 ss.

zione anche dei contorni della funzione collaborativa della partecipazione procedimentale.

Le ragioni all'origine del mutamento sono molte e non è possibile in questa sede richiamarle tutte; in un quadro segnato da più generali trasformazioni sistemiche, ad ogni modo, non c'è dubbio che un particolare rilievo, almeno sul piano giuridico, debba riconoscersi all'entrata in vigore della legge sul procedimento e soprattutto all'affermazione della teorica dell'interesse pubblico in concreto³².

Si assiste così alla crisi del concetto di interesse pubblico primario, così come iscritto nella norma attributiva del potere funzionale, divenendo invece l'interesse che *muove* e al cui perseguimento deve tendere l'amministrazione «un interesse (composito, misto, frutto di confronto e compromesso) diverso, scolpito (o costruito) dalla stessa amministrazione»³³; e, in questo contesto, va da sé come «la positivizzazione non ha portato allora soltanto alla predisposizione di un generale schema procedurale, formalmente inteso, ma ha avuto ad oggetto l'elaborazione di istituti partecipativi che fossero in grado di porre la dialettica amministrazione-privato/i al centro della vicenda procedimentale»³⁴.

In questo quadro, la funzione collaborativa della partecipazione finisce così per trascendere la contrapposizione che, più o meno lamentamente, ne ha per lungo tempo contraddistinto, e quasi definito in negativo, il rapporto con quella garantistica, come se si trattasse di due dimensioni funzionali della partecipazione rigidamente e nettamente separabili l'una dall'altra³⁵.

³² Per dirla con il giudice amministrativo d'appello, cioè, il concetto di interesse pubblico non ha «una sua connotazione unica e globalizzante, ma (è) oggettivamente complesso, frammentato e, nella sua connotazione più utilizzata, quella di interesse pubblico in concreto, sia il frutto di una ponderazione di tutti gli interessi, privati e pubblici, che si equilibrano nel procedimento»: Cons. St., sez. IV, 10 febbraio 2014, n. 616.

³³ Così F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 1070.

³⁴ A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., 11.

³⁵ Emblematico, in questo, è il superamento della distinzione concettuale tra opposizioni e osservazioni, segnatamente nell'ambito delle discipline relative alla materia del governo del territorio: in questo senso, peraltro, si cfr. già P. STELLA RICHTER, *Opposizione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, XXX, 523 ss.

A bene vedere, invece, ogni spazio o momento partecipativo concorre a integrare estremi collaborativi, quanto meno nel senso più generale a cui si è fatto riferimento in precedenza e soprattutto in corrispondenza delle profonde torsioni che hanno segnato il paesaggio ordinamentale; è, in altri termini, così intimamente associabile alla partecipazione procedimentale – la dimensione collaborativa – che tutti gli istituti partecipativi possono dirsi assolvere *anche* a tale immanente finalità.

Tutti gli istituti espressione del principio partecipativo, cioè, sono direttamente o indirettamente funzionali al compimento del disegno collaborativo, compresi quelli che esprimono una più marcata carica difensiva.

Basti pensare, a riprova di ciò, alla già ricordata figura del preavviso di rigetto prevista dall'articolo 10-*bis* della legge n. 241/1990.

L'indiscutibile portata difensiva a cui adempie tipicamente questa sub-fase endoprocedimentale a contraddittorio necessario, infatti, implica fatalmente, se effettivamente e utilmente percorsa, l'ulteriore arricchimento delle risultanze istruttorie, per quanto nella fase terminale dell'*iter* procedimentale; un tratto che, in particolare, emerge già dal relativo dato positivo se è vero, come è vero, che «dell'eventuale mancato accoglimento» delle osservazioni presentate dall'istante «è data ragione nella motivazione del provvedimento finale»³⁶.

Il che, prescindendo per il momento dal problema della dequatabilità o meno dell'istituto, è comunque indice più che sintomatico della sicura rilevanza che riveste l'apporto partecipativo che attraverso di esso si dispiega in relazione all'adozione della determinazione conclusiva da parte dell'organo procedente, concorren-

³⁶ Sulla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda di cui all'articolo 10-*bis* della legge n. 241/1990, oltre agli autori richiamati nella precedente nt. 13, si v. P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla direttiva "servizi" (2006/123/ce)*, Napoli, Jovene, 2008, 378 ss.; F. SAITTA, *Il procedimento amministrativo "paritario" nel pensiero di F. Benvenuti*, in *Amministrare*, 2011, 469 ss.; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il conflitto tra amministrazione e privati. Modelli per la composizione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, spec. 162 ss.

do con tutta evidenza ad ampliarne la relativa piattaforma conoscitiva³⁷.

Addirittura, per lo meno nella prospettiva data, ciò che conta non è tanto che l'amministrazione muti o meno orientamento rispetto a quanto dedotto nella comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, quanto piuttosto che, per il tramite delle osservazioni ovvero dei documenti presentati, si assista ad una ulteriore dilatazione del substrato conoscitivo, al netto degli esiti effettivi che in concreto ne derivano per l'istante.

Che, ancora, la partecipazione soddisfi sempre una finalità collaborativa è comprovato anche dalle tipologie procedimentali escluse dall'ambito applicativo del capo terzo della legge sul procedimento, ai sensi del relativo articolo 13, in quanto inerenti «attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione»³⁸.

A titolo meramente esemplificativo, del resto, si pensi al pacifico orientamento del giudice amministrativo in ordine alle osservazioni presentate dai soggetti privati nell'ambito dei procedimenti di formazione degli strumenti di pianificazione del territorio³⁹; e lo stesso, d'altra parte, può dirsi anche con riferimento a quelle forme partecipative che, fiorite ormai da diversi anni soprattutto nella disciplina normativa di fonte regionale, hanno aperto alla possibilità di pren-

³⁷ Sulla dequotazione del c.d. preavviso di rigetto, d'altronde, è bene evidenziare che l'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 è stato recentemente modificato dall'articolo 12, comma 1, lettera i), della legge 11 settembre 2020, n. 120, così prevedendosi espressamente che «La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*».

³⁸ Sulla portata dell'articolo 13 della legge n. 241/1990, si cfr. A. TRAVI, *Accordi tra privati e comune per le modifiche al piano regolatore e oneri esorbitanti*, in *Foro. it.*, 2002, 276 ss. Sulla coincidenza del perimetro della deroga di cui all'articolo 3, comma 2, con la dispensa di cui all'articolo 13, si v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, 275.

³⁹ «Le osservazioni del privato in un procedimento di formazione di un piano regolatore generale, ovvero di variante allo stesso, hanno valore di mero apporto collaborativo e, se da un canto non costituiscono in alcun modo un onere per l'interessato, neppure è predicabile un dovere della pubblica amministrazione di fornire risposta sulle stesse»: così, tra le numerosissime pronunce giurisprudenziali, Cons. St., sez. IV, 12 aprile 2017, n. 1700; si v. anche Id., sez. I, 29 gennaio 2015, n. 283; Id., sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5453; TAR Abruzzo, sez. I, 20 aprile 2018, n. 163.

dere parte ai processi di elaborazione e definizione delle linee strategiche di assetto del territorio già nelle fasi preliminari di costruzione dello strumento pianificatorio⁴⁰.

Non solo. A bene vedere, infatti, anche la recente positivizzazione del dibattito pubblico può senz'altro iscriversi entro il medesimo orizzonte⁴¹.

Di tutti i principali istituti partecipativi, sia quelli previsti dalla legge sul procedimento sia quelli in qualche modo ultronei rispetto al corrispondente ambito applicativo, può quindi predicarsi lo svolgimento di una funzione collaborativa nei termini rappresentati in precedenza.

Se non tutte le forme partecipative possono ritenersi espressione di esigenze difensive, ciò sembra potersi invece affermare in relazione alla finalità collaborativa; una finalità che, per ciò solo, si può raffigurare ricorrendo alla metafora dei cerchi concentrici in cui, per l'appunto, quello con la circonferenza più ampia è riferibile ad una tale dimensione finalistica.

Ciò detto, però, è bene sottolineare un aspetto che merita di essere evidenziato.

Anche così ricostruita, infatti, la dimensione partecipativa in funzione collaborativa può essere ulteriormente scomposta; in concreto, del resto, l'ampliamento della sfera conoscitiva finisce per divenire strumentale non solo all'amministrazione procedente soggettivamente intesa, ma anche al risultato dell'azione amministrativa

⁴⁰ Si v., in via esemplificativa, l'articolo 36, commi 2 e 3, della legge regionale Toscana 10 novembre 2014, n. 65 s.m.i., in forza del quale «la Regione, le province, la città metropolitana e i comuni assicurano l'informazione e la partecipazione dei cittadini e di tutti i soggetti interessati alla formazione degli atti di governo del territorio di loro competenza nell'ambito dei procedimenti di cui al titolo II, capi I e II e al titolo III, capo I» e «I risultati delle attività di informazione e partecipazione poste in essere nell'ambito dei procedimenti di formazione degli atti di governo del territorio contribuiscono alla definizione dei contenuti degli strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica, secondo le determinazioni motivatamente assunte dall'amministrazione procedente».

⁴¹ Ci si riferisce evidentemente alla «procedura» introdotta dall'articolo 22 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 s.m.i., i cui caratteri sono stati successivamente specificati con d.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76, portante «Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico».

iscritto nella regola di diritto attraverso la quale sono stati predeterminati gli obiettivi e i fini di interesse pubblico da perseguire, oltre che – per altro verso – nel raggiungimento *della* o *delle* verità amministrative⁴².

La funzione collaborativa della partecipazione procedimentale, cioè, si presenta con contorni sì eminentemente asserviti al raggiungimento di uno scopo, ma al contempo segnati da una complessiva strumentalità che alimenta le esigenze conoscitive dell'amministrazione, da intendere non tanto nella relativa dimensione soggettiva quanto soprattutto in quella obiettiva.

Da qui, per l'effetto, l'idea che la funzione collaborativa informi di sé ogni manifestazione partecipativa, comprese dunque quelle più marcatamente riconducibili alla modellistica difensiva, ovvero al principio del contraddittorio.

3. *La partecipazione difensiva*

L'altra funzione tradizionalmente riconosciuta alla partecipazione procedimentale dei soggetti privati è quella difensiva.

L'obiettivo, infatti, è essenzialmente quello di «permettere al privato di far valere i propri diritti fin dalla fase preparatoria della decisione»: «serve», cioè, «a difendere il privato nei confronti della pubblica amministrazione», che viene così assoggettata «alle regole della giustizia e diventa, quindi, più equa»⁴³.

Si tratta, pertanto, di una concezione funzionale della dinamica partecipativa che se, in generale, risponde innanzitutto a esigenze di tutela dei destinatari del potere, in concreto, traccina essenzialmente, pur non esaurendosi in essa, nella modellistica del contraddittorio, di cui tende conseguentemente ad assumere le forme.

Negli ordinamenti di *common law*, d'altronde, si è in un primo momento affermato un *right to be heard*, da riconoscersi a colui nei

⁴² Sulle verità amministrative nelle scienze giuridiche, si cfr. E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁴³ Così S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 14.

cui confronti il pubblico potere stesse per adottare una decisione in qualche modo afflittiva o quanto meno diminutiva della relativa sfera giuridica patrimoniale⁴⁴; si è così potuto osservare come il nucleo originario della partecipazione «confini» con il principio di difesa dell'amministrato nei riguardi dell'amministrazione⁴⁵.

Al pari della prospettiva collaborativa, anche la funzione garantistica della partecipazione procedimentale dei soggetti privati è stata ampiamente affrontata dalla scienza giuridica⁴⁶; ai fini dell'indagine, ad ogni modo, sono almeno tre gli aspetti che meritano di essere brevemente richiamati: il primo riguarda la questione evolutiva; il secondo concerne il dilemma dell'emulazione; il terzo, infine, il regime delle garanzie e, per ciò solo, delle forme e degli strumenti attraverso cui la partecipazione difensiva può effettivamente realizzarsi *nel* procedimento, anche ai fini della relativa riconducibilità nell'alveo del principio, e della modellistica, del contraddittorio.

La questione evolutiva si riferisce al fatto che, come si è evidenziato anche a proposito della funzione collaborativa, si è assistito nel corso del tempo a un vero e proprio cambio di paradigma relativamente ai contorni funzionali della difesa dell'amministrato nei confronti dell'amministrazione; un cambio di paradigma che, soprattutto a far data dagli anni Novanta del Ventesimo secolo e nel quadro di trasformazioni ordinamentali più generali, si è progressivamente manifestato in un mutamento delle reciproche interrelazioni secondo logiche, e meccaniche, permeate dalla ricerca di una maggiore pariteticità.

⁴⁴ Si v. M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, cit.

⁴⁵ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 41.

⁴⁶ Anche sulla funzione difensiva della partecipazione procedimentale la bibliografia è sterminata, essendo stata ampiamente affrontata dalla scienza giuridica sia in riferimento ai corrispondenti profili più generali sia in relazione agli istituti che ne costituiscono la specifica proiezione strutturale *nel* procedimento; al riguardo, pertanto, ci si limita a rimandare ad alcuni dei contributi monografici che hanno concorso a restituirne compiutamente i contorni, anche in chiave evolutiva: A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., *passim*; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo. Dal processo al procedimento con pluralità di parti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996; G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971.

Fintanto che i termini delle relazioni tra amministrazione procedente e amministrati potevano ancora più o meno iscriversi nell'ambito della contrapposizione tra autorità e libertà, infatti, si poteva «parlare di contraddittorio solo in senso atecnico rispetto al significato della nozione nel diritto processuale generale, e di limitarne l'obbligatorietà ai soli casi in cui la legge statuisse in tal senso»⁴⁷.

Corrispondente o meno che fosse una siffatta rappresentazione sia alle progressive evoluzioni dell'ordinamento sia all'effettiva realtà procedimentale, come emerge in alcuni studi più o meno coevi⁴⁸, resta il fatto che, anche grazie all'entrata in vigore della legge n. 241/1990, lo scenario sembra – per l'appunto – mutare radicalmente, a fronte della graduale recessività delle concezioni fondate sull'affermazione del carattere *servente* o comunque meramente subordinato dei soggetti privati rispetto alla posizione e soprattutto agli interessi di cui l'amministrazione è portatrice.

Non è evidentemente questa la sede per discutere se la legge sul procedimento ne sia stata, per così dire, causa ovvero effetto, avendovi evidentemente concorso una pluralità di fattori, di ordine nazionale e sovranazionale, a partire dalla già ricordata crisi del concetto di interesse pubblico primario e dal superamento della visione fondata sulla mera contrapposizione tra interessi pubblici e privati, nel solco della progressiva teorizzazione dell'interesse pubblico in concreto che, come tale, «prende consistenza nel corso del procedimento»⁴⁹; al contempo, però, non può non riconoscersi un

⁴⁷ Così, richiamando G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, cit., 63 ss., A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., 7, per il quale «ne conseguiva che se proprio per l'alto livello di contrapposizione tra posizione (e interessi) del privato e posizione (e interesse) dell'Amministrazione si tendeva a ricercare nella partecipazione una possibilità di difesa delle ragioni del singolo, si doveva poi concludere, appunto per l'essenza prettamente autoritaria dell'agire amministrativo, che tali ragioni potevano trovare tutela solo in quanto serventi al perseguimento del miglior interesse pubblico». Si cfr. anche G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, 210 ss.; F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 397 ss.

⁴⁸ Per una impostazione differente, invece, si v. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, 250 ss.; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, cit., 42 ss.

⁴⁹ Così G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, 107 ss.

rilievo particolarmente significativo proprio alla ridefinizione dei contorni strutturali del procedimento stesso ad opera, innanzitutto, delle disposizioni della legge n. 241/1990 nonché, per altro verso, sia delle previsioni più settoriali sia dei principi di fonte o matrice «europeo-convenzionale»⁵⁰.

Attraverso la partecipazione al procedimento nelle forme e secondo le modalità a tutt'oggi positivamente date, quindi, si assiste sostanzialmente «ad una anticipazione del diritto di difesa»⁵¹; una difesa che, attraverso la concreta applicazione degli istituti partecipativi, consente al soggetto privato di tutelare la propria situazione soggettiva già nell'ambito del percorso procedimentale.

Il secondo aspetto che merita di essere evidenziato, invece, riguarda ciò che si è definito come il dilemma dell'emulazione ovvero il tentativo di ricostruire il procedimento come *processo*; il tentativo, cioè, di processualizzare il procedimento, mutuandone le forme o quanto meno emulandone i caratteri⁵².

Anche in questo caso, peraltro, si tratta di una questione ampiamente dibattuta, involgendo fatalmente le diverse elaborazioni teoriche circa il concetto e la dimensione strutturale e funzionale del procedimento amministrativo, da un lato, e del processo, dall'altro⁵³.

La legge n. 241/1990, a ogni modo, avrebbe tendenzialmente positivizzato «le ragioni sottese all'indirizzo della processualizzazione, sviluppando in questo senso la disciplina dell'azione amministrativa»⁵⁴.

Pur trovando riscontro nello schema procedimentale disegnato dalla legge n. 241/1990, quanto meno relativamente alla procedi-

⁵⁰ A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., spec. 181 ss.

⁵¹ Così S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 39, il quale osserva altresì che «quando leggi, regolamenti o giudici riconoscono un diritto di partecipazione, spostano, in sostanza, il diritto di difesa in una fase precedente la decisione» (14).

⁵² In questo senso, si v. G. PASTORI, *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, 483 ss.

⁵³ Sulle differenze tra procedimento e processo, tra gli altri, si v. innanzitutto M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, II, 1993, 822 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, ora in *Scritti giuridici*, cit., 1127 ss.; si cfr. anche G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 784 ss.

⁵⁴ Si v. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., 53 e agli autori ivi citati.

mentazione del ruolo del soggetto privato partecipante, sono tuttavia molteplici le obiezioni mosse nel corso del tempo nei confronti dell'orientamento processualistico; e non ci si riferisce unicamente a chi si è autorevolmente preoccupato di riaffermare prima di tutto la centralità dell'amministrazione procedente relativamente alla definizione e alla determinazione della scelta⁵⁵.

Ci si riferisce anche a coloro che hanno messo in evidenza, pur con sfumature diverse, l'inconciliabilità di fondo tra l'archetipo procedimentale e la modellistica del processo e, in particolare, del contraddittorio processuale; obiezioni che, tra l'altro, hanno investito le differenti funzioni a cui assolvono, rispettivamente, il procedimento e il processo, non potendosi che ripercuotere inevitabilmente queste differenze anche sulle corrispondenti forme e strumenti procedurali⁵⁶.

Di pariteticità e, per questa via, di contraddittorio, cioè, può parlarsi in riferimento al procedimento amministrativo solamente assumendone la prospettiva, irrimediabilmente differente da quella tipicamente processuale; una prospettiva nella quale una *parte*, l'amministrazione procedente, è chiamata sì a rispettare le guarentigie riconosciute ai soggetti privati e, più in generale, a permeare complessivamente la propria azione a canoni partecipativi, in armonia con i principi costituzionali, a partire da quello di imparzialità, nonché con quelli di derivazione europea, ma che, al contempo, riveste il ruolo di decisore e contraddittore⁵⁷.

In capo all'amministrazione procedente, in sostanza, difetterebbero, come in effetti in linea di massima difettano, i caratteri della

⁵⁵ Si cfr., per tutti, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, 77 ss.

⁵⁶ Si cfr., tra gli altri, E. CASSETTA, *Profili dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 55 ss.; F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 26 ss.; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., 368 ss.; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, 311 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 939 ss.; si legga anche F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 306 ss.

⁵⁷ In questo senso, si v. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 311 ss.; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 939 ss.

neutralità e della equidistanza nei confronti degli interessi in gioco, essendo doverosamente tenuta a perseguire gli interessi pubblici alla cui cura è istituzionalmente preposta, al punto da fondarne e giustificarne l'esistenza stessa, in armonia con il principio di funzionalizzazione⁵⁸.

E anche coloro che hanno espressamente ammesso la categoria del contraddittorio procedimentale, sforzandosi di declinarne più compiutamente i contorni, ne hanno allo stesso tempo messa in risalto l'incomprimibile diversità rispetto a quello processuale, rimarcando il ruolo pur sempre assegnato all'amministrazione procedente ai fini della determinazione finale⁵⁹ ovvero, ancora, limitando l'utilizzo dell'espressione contraddittorio, evocativamente denominato «paritario» o «perfetto», solamente in relazione ad alcuni istituti, a riprova delle difficoltà di trapiantare gli istituti o comunque di trasferire le logiche processuali nel procedimento amministrativo⁶⁰.

Tra procedimento amministrativo e processo giurisdizionale, come il differente atteggiarsi del contraddittorio concorre a svelare nitidamente, non sarebbe possibile operare alcuna *reductio ad unum*, se non scolorendone a tal punto i rispettivi caratteri costituti-

⁵⁸ Il discorso è evidentemente differente per la funzione giustiziale dell'amministrazione pubblica, sulla quale si rimanda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ad A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. disc. pubb.*, XIII, Torino, Utet, 1997, 381 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, *passim*; più di recente, si v. M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nell'amministrazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*; si legga anche M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, Bononia University Press, 2007, *passim*; con particolare riferimento alle funzioni delle autorità indipendenti, invece, si cfr. M. CLARICH, *Le attività delle autorità amministrative indipendenti in forme semi-contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 149 ss.

⁵⁹ Si legga, in proposito, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, cit., 248 ss.; per una lettura incentrata sulla valorizzazione della distinzione di matrice processualistica tra contraddittorio verticale e orizzontale, si v. M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 69 ss.

⁶⁰ È in particolare il caso, per F. MERUSI, *Le "avventure" del contraddittorio nelle recenti riforme del procedimento amministrativo*, in *Id.*, A. FIORITTO, G. CIAGLIA, V. GIOMI, A. BERTANI (a cura di), *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, Plus, 2009, 35 ss., dell'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda previsto dall'articolo 10-bis della legge n. 241/1990.

vi da far forse perdere di vista l'utilità stessa di una siffatta ricostruzione sistematica.

Tutto ciò, peraltro, si riflette anche sull'assetto e sul regime delle garanzie procedimentali: se, infatti, di tutti gli istituti partecipativi può in qualche modo predicarsi l'assolvimento anche di una, più o meno immanente, funzione difensiva, resta pur sempre il fatto che solamente alcuni di essi rispondono, primariamente e per sé, a questo compito, corrispondendo anche strutturalmente alle forme del contraddittorio così come iscritto e delineato nell'ambito della dimensione processualistica; nella modellistica procedimentale declinata dalla legge n. 241/1990 e dalle discipline settoriali di fonte statale e regionale, cioè, solamente alcune figure appaiono ripeterne pienamente taluni tratti qualificanti.

In proposito, del resto, particolarmente convincente appare la ricostruzione di chi ha distinto tra partecipazione «potenziale», «complessa» e «perfetta»: la prima, in particolare, «è una fattispecie che può essere inquadrata in negativo con riferimento a tutte quelle ipotesi in cui il contraddittorio risulti quasi del tutto assente, essendo [...] rimasto "sulla carta", e, dunque, non necessario (per quel che concerne la sua instaurazione) e non effettivo (per quel che riguarda la sua attitudine alla determinazione di un rapporto paritario tra soggetto che decide e destinatari della decisione)»; la seconda, invece, è preordinata a realizzare «un contraddittorio necessario e aperto», «spostandosi di conseguenza l'intera questione dal piano inerente una valutazione in merito all'*an* del contraddittorio medesimo verso il piano delle diverse modalità attraverso le quali esso si realizza in concreto»; la terza, ovvero quella del contraddittorio «perfetto» o «ad armi pari», «in quanto idoneo a determinare una parificazione tra soggetti decidenti e destinatari delle decisioni secondo quel principio di origine civilistica che postula la reale uguaglianza delle parti contrattuali»⁶¹.

⁶¹ Si v. E. FREDIANI, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, cit., 1008 ss., il quale aggiunge, in chiave esemplificativa, che «l'analisi della formula partecipativa delineata dall'articolo 10 della l. n. 241/1990 [...] pur realizzando una tipologia di contraddittorio necessario, non sembra tutta in alcun modo idonea a consentire l'affermazione di una paritarietà tra amministrazione procedente

Certo, in uno scenario ordinamentale sempre più segnato dall'applicazione dell'articolo 6 della CEDU, va da sé come il discorso sulla partecipazione difensiva non possa oramai affrontarsi, come è stato efficacemente osservato, trascurando «gli spunti provenienti dal diritto europeo, nello specifico dal diritto europeo-convenzionale, la cui applicazione si sta affermando in maniera preponderante sulla scena nazionale proprio in relazione al rapporto tra procedimento e processo (e tra garanzie procedurali e garanzie processuali)»⁶².

È altrettanto vero, però, che l'assetto strutturale della partecipazione procedimentale così come positivamente dato assolve sì anche a finalità difensive degli amministrati, ma non si manifesta attraverso una trasposizione del principio del contraddittorio articolato secondo logiche propriamente processuali; a prescindere da ogni altra considerazione, del resto, è appena il caso di sottolineare che «la partecipazione nel procedimento è meno efficace di quella che si realizza nel processo», essendo con tutta evidenza quest'ultima «salvaguardata da più precise e stringenti norme procedurali»⁶³.

Sicché, rispetto a tutti gli aspetti testé richiamati in ordine alla partecipazione difensiva, non pare potersi quindi prescindere da una notazione su cui si avrà modo di tornare, ma che vale la pena rimarcare fin d'ora.

Qualsivoglia lettura della partecipazione procedimentale in funzione difensiva deve tenere conto, muovendo dall'insegnamento della Corte costituzionale, che è *nel* procedimento «che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto pri-

e terzo partecipante, dovendosi piuttosto parlare [...] di un contraddittorio imperfetto»; sulle forme di contraddittorio "imperfetto", si cfr. anche M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, cit., 26 ss.

⁶² Così A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., 292; in generale, sulla portata applicativa dell'articolo 6 della CEDU per il diritto amministrativo sostanziale e processuale, si rinvia a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

⁶³ Ancora, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 39.

vato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela»⁶⁴.

È, in altri termini, proprio la struttura del procedimento amministrativo a rendere possibile «l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione», così garantendosi «il rispetto del principio di legalità – anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost. – in senso non solo formale, come attribuzione normativa del potere, ma anche sostanziale, come esercizio del potere in modo coerente con la fonte normativa di attribuzione»⁶⁵.

Come è stato efficacemente osservato, quindi, il Giudice costituzionale, «più che al procedimento in sé e per sé considerato, guarda con particolare attenzione e favore a ciò che il *procedimento consente razionalmente di fare*, vale a dire alla necessità che in taluni casi (laddove vengano in gioco interessi di diretta e chiara rilevanza costituzionale) vi sia un'area ben delimitata e protetta per l'espressione, il più possibile consapevole e 'completa' (nel senso di adeguata e partecipata), delle valutazioni discrezionali dell'amministrazione»: l'opzione procedimentale seguita così «a rivelarsi come la scelta di un grado di maggiore giuridicizzazione di un rapporto (tra gli interessi e, così, tra i soggetti che ne sono portatori) che non è sempre suscettibile di risolversi secondo una rigida e predefinita gerarchia, e che, pertanto, pur privilegiando il ruolo di un soggetto (l'amministrazione procedente) può esplicarsi nel modo migliore soltanto attraverso la tutela di spazi di valutazione imparziale, circostanziata e motivata sulla soluzione di volta in volta più ragionevole»⁶⁶.

⁶⁴ Si cfr. Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 69.

⁶⁵ «Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.»: così Corte cost. n. 69/2018.

⁶⁶ Così F. CORTESI, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia* (Nota a Corte cost. n. 69/2018), in *le Regioni*, 2018, 764 ss., il quale osserva altresì che «così tralasciata, anche quest'ultima pronuncia manifesta e rafforza il legame molto stretto che buona parte delle teorie del procedimento amministrativo hanno sempre avuto con la teoria della discrezionalità e

Alla luce dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale e nel quadro del rinnovato vigore assunto dal principio del giusto procedimento⁶⁷, per l'effetto, anche la stessa partecipazione in funzione difensiva degli amministrati *nel* procedimento non sembra potersi scindere, e così ricostruirsi separatamente, non solo dalla funzione collaborativa, come si è già evidenziato, ma innanzitutto dalla sede in relazione alla quale è ammessa e prevista dall'ordinamento, secondo le forme e le modalità positivamente date, ovvero il procedimento amministrativo.

Il che non vuol in alcun modo tradursi in una sostanziale negazione della funzione, persino del valore, della partecipazione difensiva nonché, per altro verso, dello stesso rilievo da attribuire al principio del contraddittorio, quanto meno nei termini evidenziati; significa, però, riconoscere che anche la partecipazione difensiva, sia sul piano funzionale sia quello strutturale, si iscrive nella dinamica procedimentale e, come tale, deve rispondere alle relative logiche e opzioni finalistiche⁶⁸.

Il soggetto privato che partecipa al procedimento, infatti, mira essenzialmente a difendersi, oltre che a controllare l'operato dell'amministrazione, ovvero a *tutelare* i propri interessi e l'ordinamento si

con il suo essere intrinsecamente definibile come strumento di coordinamento di interessi (pubblici e/o privati) caratterizzato dalla preventiva individuazione, sul piano organizzativo, di un'attribuzione prevalente». Dello stesso a., si cfr. più diffusamente anche ID., *Coordinare per decidere: il procedimento quale sede di sintesi per gli interessi pubblici*, in AA.VV., *Annuario AIPDA*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 101 ss.

⁶⁷ Sul principio del giusto procedimento, nell'ambito della giurisprudenza costituzionale, si cfr. innanzitutto la sentenza della Corte cost., 22 febbraio 1962, n. 13/1962, sui cui si legga il commento di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur cost.*, 1962, 130 ss.; più di recente, si v. la ricca analisi di L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, 277 ss. In generale, sulle declinazioni del principio del giusto procedimento, si cfr. G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond The State. Requirements of Administrative Procedure*, cit., spec. 85 ss.

⁶⁸ Secondo F. PATRONI GRIFFI, *Cittadino e potere a 25 anni dalla legge n. 241 del 1990*, testo della relazione tenuta al convegno *I primi 25 anni della legge sul procedimento amministrativo anche alla luce delle recenti riforme*, Roma, Palazzo Spada, 26 ottobre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it, 1, «il procedimento è il luogo in cui si realizza l'unità di tempo, di spazio e di azione del rapporto tra cittadino e potere pubblico».

è progressivamente fatto carico, per l'appunto sulla scorta anche dei principi e delle disposizioni di derivazione europea, di affermare ed estendere il novero e il regime delle relative garanzie partecipative, finanche per corrispondere a più generali esigenze deflattive del contenzioso, come attestano le previsioni normative degli articoli 10 e 10-bis della legge n. 241/1990.

Sulla scorta dell'impostazione benvenutiana incentrata sul paradigma oggettivo-funzionale, però, appare quasi più una constatazione che una considerazione sottolineare, per dirla con Giorgio Berti, come la questione partecipativa si colleghi, debba collegarsi, con «l'enucleazione della funzione», a fronte delle «reciproche implicazioni tra procedimento e processo»⁶⁹.

Se, quindi, il procedimento può definirsi come la «manifestazione sensibile della funzione», ecco allora che anche la partecipazione difensiva che ivi si esprime non possa rappresentarsi isolatamente dal luogo e dal momento, e cioè lo specifico procedimento di cui trattasi, in cui si forma e sviluppa, in vista del raggiungimento del risultato iscritto nella norma attributiva del potere funzionale; un risultato, è bene precisarlo sin da ora, in relazione al quale la partecipazione del soggetto privato in funzione difensiva assume una valenza non meramente servente o subordinata rispetto agli interessi dell'amministrazione procedente, secondo le ormai vetuste concezioni soggettivistiche, ma comunque intrinsecamente strumentale, nel senso di teleologicamente proiettata e, come tale, direttamente orientata anche alla soddisfazione dell'interesse pubblico iscritto nella norma attributiva del potere e da definirsi in concreto nell'alveo della specifica vicenda procedimentale nella quale – e per il tramite della quale – si forma e manifesta⁷⁰.

Attraverso la procedimentalizzazione della relativa posizione, la partecipazione del soggetto privato integra così – e ancora – gli estremi di una *anticipazione* delle relative difese, come si è per l'appunto già evidenziato riprendendo la felice espressione utilizzata da Sabino Cassese; un'anticipazione che l'amministrazione procedente

⁶⁹ In questi termini, G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, cit., 789 ss.

⁷⁰ Si v. M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Munus*, 2020, 13 ss.

deve garantire e di cui deve tenere adeguatamente e compiutamente conto, ma che non va al contempo assolutizzata, ma sempre riferita al divenire procedimentale in cui si inserisce⁷¹.

Perché tanto, «a chiusura del sistema», sussiste sempre «la possibilità di sottoporre le scelte compiute e le relative modalità di adozione al vaglio giurisdizionale»⁷², ponendosi così, «nel procedimento», essenzialmente «le premesse per andare oltre il procedimento, verso il processo»⁷³.

Ciò che però, oltre alla questione del risultato, conduce fatalmente anche al problema del *continuum* tra procedimento e processo, tutti aspetti su cui ci si soffermerà nel prosieguo⁷⁴.

4. La partecipazione democratica

Prima di procedere oltre, occorre soffermarsi sulla terza funzione a cui assolverebbe la partecipazione procedimentale, ovvero quella genericamente definibile come democratica⁷⁵; una impostazione che, pur variamente articolata e declinata nell'ambito della letteratura giuspubblicistica, ha certamente rinvenuto nella concezione benvenutiana di «*demarchia*» una delle punte più avanzate della corrispondente elaborazione concettuale, anche in una prospettiva

⁷¹ Relativamente al diritto di essere sentiti, ad esempio, si leggano le riflessioni di G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 270 ss., secondo cui, in particolare, nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea, «benché [...] il diritto di essere sentiti abbia ormai assunto il rilievo di diritto fondamentale, ciò non determina una assolutizzazione della sua garanzia: non ogni difetto del contraddittorio comporta la illegittimità del provvedimento finale».

⁷² Così, ancora, la già menzionata sentenza della Corte cost. n. 69/2018.

⁷³ «... semmai per tornare alla sede del procedimento nell'eventuale riesercizio del potere conseguente all'annullamento giurisdizionale del provvedimento»: così F. PATRONI GRIFFI, *Cittadino e potere a 25 anni dalla legge n. 241 del 1990*, cit., 4.

⁷⁴ Si cfr. *infra*, cap. II, § 4, e cap. IV, §§ 2 e 3.

⁷⁵ In generale, si v. U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 779 ss., si cfr. anche ID., *Amministrazione e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, spec. 100 ss.; F. LEDDA, *La partecipazione all'azione amministrativa*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, 29 ss.

finalistica, nel quadro del «riconoscimento di poteri di intervento dei cittadini nell'ambito dell'esercizio delle funzioni»⁷⁶.

In armonia con il dettato costituzionale, in particolare, l'idea di fondo è quella per cui «i principi della democrazia non possono limitarsi a reggere la funzione legislativa, quella di indirizzo o di governo o la funzione giurisdizionale, ma devono informare anche la funzione amministrativa: infatti la democrazia non può non investire indivisibilmente tutto il potere (compresi i poteri privati)»⁷⁷.

Si tratta, invero, di una ricostruzione dei contorni funzionali della dinamica partecipativa il cui sviluppo, quanto meno in relazione all'ordinamento italiano, si deve innanzitutto ad alcuni importanti studi risalenti al periodo intercorrente tra gli anni Sessanta e gli anni Ottanta del Ventesimo secolo⁷⁸; questi studi, per la verità, tendevano a «inserire le riflessioni sui singoli aspetti della partecipazione in un discorso di più ampio respiro volto a sottolineare la tendenza dell'ordinamento verso l'attenuazione della contrapposizione tra Stato e società civile»⁷⁹.

Gli antecedenti più prossimi alla base della relativa elaborazione, di conseguenza, si possono a tutt'oggi iscrivere nell'orizzonte della democrazia partecipativa⁸⁰, rispondendo all'esigenza di «an-

⁷⁶ Così F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., 23, il quale aggiunge che «in realtà il problema del nuovo Stato e il problema del nuovo cittadino presuppongono una loro reciproca posizione dinamica e un reciproco avvicinarsi. Quanto più il nuovo cittadino diviene titolare di una sua libertà attiva, tanto più si apre il confine della sua persona; egli conquista in tal modo, oltre al valore della esistenza individuale, anche la coscienza di un essere per gli altri [...] non basta più la difesa della libertà individuale ma occorre che l'individuo vada oltre e cooperi a costruire, insieme agli altri, la rete di relazioni che costituisce la base e il principio di una società aperta»; dello stesso a., in precedenza, si legga anche Id., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 ss. (ora in *Scritti giuridici*, cit., IV, 3467 ss.).

⁷⁷ U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, cit., 101.

⁷⁸ Si cfr., tra gli altri, G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, cit., 42 ss.; M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, cit., 377 ss.; G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, 199 ss.; G. BERTI, *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Le Regioni*, 1974, 1 ss.

⁷⁹ Così D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, 111.

⁸⁰ In termini generali, le «caratteristiche essenziali» della democrazia partecipativa posso dirsi le seguenti: «l'essere estesa, soggettivamente a tutti, senza richiedere posizioni di partenza formalizzate; l'essere adatta a una varietà di soggetti, che

dare oltre la partecipazione procedimentale dei titolari di interessi giuridicamente qualificati e quella organica dei soggetti associativi», segnatamente nella prospettiva di *aprire* l'amministrazione, nel relativo farsi procedimentale, a «tutte le opinioni e gli interessi in qualche modo coinvolti dall'azione considerata»⁸¹.

Un'esigenza partecipativa, quindi, che dovrebbe dispiegarsi compiutamente in armonia con il canone dell'«inclusività totale», non essendo eventuali esclusioni evidentemente ammissibili in un'ottica democratica⁸².

Il che, tra l'altro, spiega perché una siffatta istanza partecipativa pretenda, per potersi davvero affermare, l'effettivo coinvolgimento, almeno in linea tendenziale, sia dei soggetti deboli sia, per converso, di quelli più forti o comunque strutturati⁸³; un coinvolgimento, quindi, che dovrebbe riflettersi anche sul ruolo delle stesse amministrazioni pubbliche chiamate, per ciò solo, a «uno scavo di conoscenza», ovvero a una attività proattivamente orientata alla «ricerca di soluzione, discussione e di deliberazione»⁸⁴.

In questo senso, pertanto, l'afflato democratico funzionalmente preposto ad animare la partecipazione procedimentale non dovrebbe risolversi né nella relativa dequotazione in chiave meramen-

dalle decisioni più limitate e puntuali salgono a quelli di livello più alto, come le scelte di indirizzo, le pianificazioni, le politiche integrate; l'essere costruita non (generalmente) come conferimento di poteri formalmente decisionali né assistiti da un vincolo proiettato sulla decisione istituzionale –, il non essere cioè sostitutiva delle istituzioni di democrazia rappresentativa»: così U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, cit., 796. Nell'ambito delle scienze politologiche, si legga L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia diritto*, 2007, 4, 11 ss.

⁸¹ Ancora, U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, cit., 796.

⁸² In questi termini, sempre U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, cit., 797, che richiama l'attenzione anche sulla necessità di «resistere alla tendenza, naturale una volta che si ragioni in termini normativi, a chiudere comunque la cerchia dei soggetti su una qualche base formale».

⁸³ Osserva L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, cit., 15, come il problema sia per l'appunto anche quello di riuscire a coinvolgere «i soggetti più forti», così da poter ricondurre le relative ragioni nell'ambito del «dibattito collettivo».

⁸⁴ U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, cit., 799.

te consultiva o informativa né, per altro verso, nella cattura dei percorsi decisionali così come formalmente costituiti; dovrebbe, invece, tradursi in forme di capacitazione, ovvero di *empowerment* a favore di tutti i consociati⁸⁵.

Non è un caso, quindi, che proprio alla dimensione democratica della partecipazione procedimentale la scienza giuspubblicistica italiana si sia dedicata con rinnovata attenzione anche a cavallo tra gli anni Novanta del ventesimo secolo e il primo periodo del nuovo millennio, di fronte alle profonde trasformazioni del sistema istituzionale e dell'assetto politico, economico e sociale che caratterizzano quella stagione⁸⁶.

Basti pensare, ad esempio, ai tentativi di collegare gli itinerari della partecipazione procedimentale – anche in funzione per l'appunto democratica – alle riforme amministrative, a partire da quelle relative al decentramento territoriale e alla ridefinizione strutturale del sistema autonomistico, quale ambito privilegiato in vista o comunque ai fini di una più compiuta affermazione dei diritti dei cittadini⁸⁷.

Tentativi che, tra ripartenze cariche di illusioni, brusche frenate e ancora più spesso carsiche retromarce, si sono andati progressivamente smarrendo per il combinato disposto di una pluralità di fattori, giocandovi tuttavia un certo indiscutibile rilievo le resistenze degli apparati politici e amministrativi, centrali e locali, al pari del-

⁸⁵ In questo senso, L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, cit., 17.

⁸⁶ Trasformazioni che, del resto, lo stesso Feliciano Benvenuti aveva evidentemente ben presenti, come traspare chiaramente dalla lettura dell'introduzione a *Il nuovo cittadino*, allorché licenziava nel 1994 le bozze della Sua "avventura" (874).

⁸⁷ Per A. POGGI, *Riflettere sull'amministrazione sussidiaria, a vent'anni dalle riforme Bassanini*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, Il Mulino, 2019, 188, «Pur con sensibilità diverse, dunque, questa dottrina poneva in primo piano la centralità del cittadino che "agisce", alla cui libertà di azione, appunto, l'ordinamento positivo avrebbe dovuto subordinare la propria struttura organizzativa: dalla riorganizzazione territoriale (il decentramento funzionale alla centralità del cittadino) a quella sociale (lo Stato sociale quale proiezione dei diritti e dei doveri del cittadino stesso). Non la mera libertà individuale (baluardo dello Stato liberale) bensì la libertà di agire, centro propulsore dello Stato democratico».

la mancata riforma dell'organizzazione periferica dello Stato, prima ancora che le più recenti torsioni del ciclo economico; tentativi, però, i cui antecedenti assiologici o quanto meno le relative tracce rimangono ancora visibilmente iscritte nel dettato costituzionale, segnatamente nella formulazione dell'articolo 118 in riferimento alle declinazioni verticale e soprattutto orizzontale del principio di sussidiarietà⁸⁸.

La partecipazione procedimentale, in altri termini, avrebbe dovuto rinvenire nel disegno del nuovo assetto autonomistico e pluralistico non solo un fertile terreno d'elezione, ma soprattutto un fondamentale snodo applicativo, nel quadro di una rinnovata relazione tra poteri pubblici e cittadini; avrebbe dovuto costituire, cioè, una delle architravi del mutamento, di un «mutamento voluto dal costituente rispetto all'impostazione liberale», divenendo «strutturale alle dinamiche di esercizio del potere»⁸⁹.

Non è ovviamente questa la sede per indugiare ulteriormente su questi profili, tenuto anche conto che qualsivoglia riflessione sulla partecipazione procedimentale come strumento di democratizzazione finisce inevitabilmente per intrecciarsi con le questioni – ben più

⁸⁸ In generale, sul principio di sussidiarietà, ci si limita a rinviare al lavoro monografico di D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2013, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici; si leggano, però, anche M. CAMMELLI, *La sussidiarietà presa sul serio*, in *Il Mulino*, 2000, 447 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubb.*, 2002, 5 ss.

⁸⁹ Ai fini della comprensione del moto pendolare circa la dimensione funzionale, collaborativa o difensiva, della partecipazione procedimentale che caratterizza da tempo la scienza italiana del diritto amministrativo, particolarmente evocative appaiono così le riflessioni di L. VANDELLI, *Appunti in tema di pluralismo sociale e ruolo dei corpi intermedi*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, cit., 218, secondo cui «l'impianto della legge n. 241 – discostandosi in questo nettamente dall'impostazione della "Commissione Nigro" che ne aveva elaborato le basi – ha finito per connotare la partecipazione al procedimento in funzione di garanzia piuttosto che in funzione di collaborazione, quale strumento rivolto a scopi di prevenzione dei contenziosi che non di democrazia amministrativa; lasciando ai margini delle innovazioni che andavano introducendosi la prospettiva di processi decisionali inclusivi che potessero avvalersi dei contributi e degli apporti di un ambito ben più ampio di cittadini, singoli e (soprattutto) associati». Si v. anche U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009.

generali – relative alla complessità del concetto di democrazia e delle relative manifestazioni⁹⁰.

È il caso, invece, di soffermarsi su alcuni caratteri propri della partecipazione in funzione democratica: ci si riferisce, in particolare, a due aspetti che vale la pena sottolineare.

Il primo riguarda la circostanza per cui la partecipazione procedimentale, affinché possa concretamente e propriamente predicarsi anche in funzione democratica, dovrebbe permeare tutti i momenti dell'*iter* funzionale ad assumere la determinazione amministrativa;

⁹⁰ Osserva, del resto, A. PANEBIANCO, *Valori e regole della democrazia*, in www.spisa.unibo.it (testo della lezione magistrale tenuta in data 15 febbraio 2020, in occasione della Inaugurazione dell'a.a. 2019/2020 della Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica dell'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna) che «Mezzi di comunicazione, politici di professione, qualche volta anche gli studiosi, nei loro giudizi sulla democrazia, danno l'impressione di essere eccessivamente sicuri di sé, sembrano non coglierne la complessità e la problematicità. Spesso sembrano non considerare che il confine fra la democrazia e la non democrazia è molto più sottile di quanto di solito non si pensi: talché non sempre è facile stabilire se un particolare regime politico si collochi al di qua o al di là di quel confine». «La democrazia moderna, che legittimamente chiamiamo anche democrazia liberale, è un cocktail, composto da diversi elementi. Questi elementi, come sappiamo, hanno una origine storica diversa. C'è, naturalmente, l'idea del governo popolare, che, per convenzione e tradizione, in Occidente facciamo risalire alla Grecia classica, e in particolare all'Atene del V e del IV secolo avanti Cristo. Ci sono il principio e gli istituti della rappresentanza, che hanno un'origine medievale ed ecclesiale. Ci sono poi i principi e le istituzioni del governo misto la cui origine facciamo risalire alle repubbliche antiche e ai comuni medievali italiani. C'è infine il costituzionalismo liberale, che affonda le radici nel giusnaturalismo cristiano, e la cui ragion d'essere consiste nel limitare il potere del governo, ancorché rappresentativo, al fine di tutelare le libertà individuali». «Gli elementi del cocktail, oltre che un'origine storica diversa, hanno anche funzioni diverse. L'errore è credere che, nella democrazia moderna, questi vari elementi si siano armonicamente fusi. Non è così, hanno fatto piuttosto della democrazia un permanente campo di tensioni». L'incontro/scontro fra i vari elementi di cui si compone il cocktail dà luogo a una pluralità di conflitti che sono tipici di questa forma di governo, alimentati dalle sue ambiguità». «Si pensi alla tensione connessa alla compresenza della dimensione competitiva e della dimensione partecipativa della democrazia. Per un verso, una democrazia è un sistema di governo fondato sulla competizione fra *élites* e che affida a quella che ottiene più voti il diritto di governare. I cittadini contano qui solo nella loro qualità di elettori. Ma, per un altro verso, accanto alla dimensione competitiva c'è anche quella partecipativa: la democrazia è anche una formula di governo (per usare un'espressione di Gaetano Mosca) che incentiva la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica non soltanto al momento del voto. Una delle conseguenze è il noto conflitto fra le urne e la piazza. Chi difende il proprio diritto a governare in virtù dei voti ricevuti e chi contesta quel diritto in virtù della propria capacità di riempire le piazze, della propria capacità di mobilitare gruppi di cittadini» (1 ss.).

un carattere, quindi, che dovrebbe qualificare e colorare tutta l'attività amministrativa, a partire evidentemente non solo dai procedimenti caratterizzati da una meccanica semplificata quanto alle dinamiche intersoggettive che ivi si svolgono e si sviluppano, ma soprattutto quelli più complessi, come ad esempio quelli volti alla formazione di determinati atti a contenuto generale⁹¹.

Il secondo, invero strettamente collegato al primo, investe invece la carica complessivamente legittimante per le amministrazioni pubbliche che deriverebbe dalla partecipazione procedimentale in funzione democratica.

Secondo questa impostazione, infatti, una siffatta dimensione funzionale della partecipazione procedimentale, laddove effettivamente portata a compimento, esprimerebbe – *ex se* – una forza suscettibile di legittimare maggiormente l'esercizio dei poteri pubblici «non in un contesto teorico di principio», ma «in un'adesione continua e consapevole rispetto ai vari momenti e alle varie azioni» in cui si articola l'attività amministrativa⁹².

Proprio i caratteri richiamati, però, sono quelli su cui si sono appuntate le critiche più significative, di fronte al rischio per l'interprete di farsi *affascinare* da «formule altamente seducenti» che «concorrono a delineare, suggestivamente, straordinari 'quadri fantastici' dai quali la realtà risulta solo in parte interpretata e spiegata e, più spesso, deformata»⁹³.

Sono molte, e variamente argomentate, le obiezioni mosse nel corso del tempo ad una tale impostazione: accanto a chi ha evidenziato come «la partecipazione ai procedimenti amministrativi può porsi

⁹¹ Si pensi, ad esempio, alla formazione di taluni atti a contenuto generale, come i piani territoriali e urbanistici: al riguardo, si leggano P. MARZARO, *La partecipazione consapevole nella nuova urbanistica regionale*, in F. PIZZOLATO, A. SCALONE, F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Torino, Giappichelli, 2019, 303 ss.; C.P. SANTACROCE, *La partecipazione dei cittadini alla pianificazione urbanistica e territoriale nella legge regionale Emilia-Romagna n. 24 del 2017: quale modello?*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 512 ss.; A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica "reticolare"*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 267 ss.

⁹² Così F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., 21.

⁹³ In questi termini, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 135.

come fattore di rinnovamento solo se rinuncerà a pensare che essa valga per sé stessa ad attuare la democrazia nell'amministrazione»⁹⁴, ad esempio, altri hanno rilevato come, in un'ottica strutturale, non sarebbe formalmente data al *quisque de populo* e in riferimento a qualsivoglia tipologia procedimentale la possibilità di prendere parte al procedimento, avuto riguardo all'ambito applicativo oggettivo e soggettivo degli istituti partecipativi così come positivamente prefigurato⁹⁵.

Ad avviso di chi scrive, ad ogni modo, un particolare rilievo assume l'obiezione di chi ha autorevolmente evidenziato che «se si escludono l'«agorà» ateniese e poche altre eccezioni, la democrazia deliberativa è un'aspirazione più che una realtà»: di conseguenza, «la democrazia procedurale può garantire che alcuni interessi vengano tenuti in conto e che alcune decisioni siano meglio accettate», ma «non può sostituire la democrazia rappresentativa, e neppure integrarla, considerata la sua limitata portata»⁹⁶.

La partecipazione procedimentale dei soggetti privati, quindi, sembra poter certamente contribuire «a fornire un'effettiva legittimazione all'agire» delle amministrazioni pubbliche, così corrispondendo anche ad una funzione più o meno latamente democratica, ma non al punto da poterne trarre conseguenze tali da determinare forme di esondazione rispetto alle «modalità di esercizio dell'azione amministrativa» previste in sede ordinamentale⁹⁷.

⁹⁴ F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 362 ss.

⁹⁵ M. CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, Giuffrè, 1991.

⁹⁶ Osserva, in particolare, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 40-41, che «la consultazione dei privati da parte dell'amministrazione costituisce però un nucleo intorno al quale possono maturare scelte collettive autenticamente democratiche, che consentono cioè la partecipazione privata alle decisioni pubbliche. Perché questo possa accadere, vanno superate numerose difficoltà», tra cui quella che riguarda il rapporto tra l'istruttoria e la decisione: l'amministrazione, infatti, «deve tenerne conto e motivare la decisione sulla base degli elementi raccolti nell'istruttoria. Ma può discostarsene. Dunque la fase della decisione non si sottrae alle regole del dibattimento. Ma si è lontani da una decisione collettiva».

⁹⁷ Si cfr. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, cit., 28, che, a riprova del rilievo che una tale impostazione può comunque rivestire, rammenta l'ipotesi delle attività svolte dalle autorità indipendenti e il relativo metodo del *notice and comment* (188 ss.).

Può, in altri termini, concorrere a rafforzare la legittimazione delle amministrazioni pubbliche in relazione all'esercizio dei corrispondenti poteri, segnatamente di natura discrezionale, ma non al punto di condurre a una sostanziale confusione di ruoli relativamente all'imputazione della titolarità della decisione ultima⁹⁸.

5. *Le derive patologiche del principio partecipativo*

La partecipazione dei soggetti privati nel procedimento amministrativo può anche manifestarsi in termini più o meno patologici, intendendo con questa locuzione l'eventualità che delle prerogative partecipative, ovvero comunque dello stesso spazio partecipativo, i soggetti privati o comunque gli interventori ne facciano un uso più o meno distorsivo rispetto alle logiche funzionali e alle opzioni finalistiche di cui si è dato conto.

Delle molteplici forme patologiche che la partecipazione procedimentale può assumere, sono almeno due quelle che è bene richiamare: la partecipazione sovrabbondante e quella aggressiva⁹⁹.

Prima di esaminarle, però, è necessaria una precisazione: ci si riferisce alla circostanza per cui la partecipazione, e non da oggi, «è al centro di molte lagnanze»¹⁰⁰.

In generale, del resto, è appena il caso di sottolineare che il sistema partecipativo genera dei *costi* che si scaricano sia sui soggetti privati partecipanti sia sulle stesse amministrazioni pubbliche¹⁰¹:

⁹⁸ Si leggano, in proposito, le riflessioni di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., spec. 11 ss.

⁹⁹ Accanto alle due manifestazioni patologiche indicate nel testo, però, M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, cit., evoca anche l'ulteriore ipotesi della partecipazione meramente «simbolica»: secondo l'a., infatti, si assiste a «una sorta di doppiezza che caratterizza le applicazioni del principio di partecipazione nel nostro ordinamento, in parte tradendo le aspettative per una crescente giustizia procedurale [...] e contribuendo a determinare un sacrificio eccessivo del principio di partecipazione [...] che viene assicurato in una prevalente dimensione *simbolica*» (corsivo di chi scrive).

¹⁰⁰ S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 39.

¹⁰¹ «Dal punto di vista degli organi elettivi», d'altra parte, «l'introduzione di vincoli procedurali può risultare il modo più economico ed efficace di controllare la

i primi, infatti, sono chiamati a sostenere direttamente gli oneri, anche economici, correlati all'esercizio dei relativi diritti partecipativi, a partire dalla elaborazione e presentazione di memorie e documenti la cui predisposizione richiede – di regola – l'ausilio di saperi tecnico-scientifici, giuridici, economici e così via; le seconde, invece, perché la partecipazione «rallenta, frena, appesantisce l'azione amministrativa»¹⁰².

La partecipazione, cioè, è fonte anche di una serie di svantaggi che investono tanto gli amministrati quanto le amministrazioni precedenti; svantaggi che, come tali, dovrebbero essere tenuti presenti, innanzitutto da parte del legislatore all'atto della definizione e strutturazione della relativa disciplina normativa, segnatamente in funzione di garanzia¹⁰³.

Partecipare, in sostanza, *costa*: costa al soggetto privato che partecipa, ma costa anche all'amministrazione procedente e, in ultima analisi, persino all'intera collettività, incidendo sulla complessiva efficacia dell'azione amministrativa.

Sarebbe fuorviante, tuttavia, ricondurre *ex se* tutti i costi che inevitabilmente la partecipazione produce ad altrettante manifestazioni patologiche della stessa; non tutti gli svantaggi della partecipa-

discrezionalità amministrativa e di prevenire violazioni di legge ed eccessi di potere»: G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 223.

¹⁰² Così S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 39, che richiama il fatto che «essa distoglie l'amministrazione dall' eseguire i dettami del vertice politico. Mette in conflitto la collettività con i propri rappresentanti. Oppure mette in conflitto una collettività o un gruppo più ristretto con quello più ampio, rappresentato in Parlamento». Per G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 223, «la creazione di un articolato sistema di regole procedurali, in ogni caso, finisce per sottoporre l'assunzione delle decisioni pubbliche a vincoli rigorosi che possono essere anche svantaggiosi per la collettività. Un eccesso di vincoli e garanzie procedurali, infatti, può determinare una complicazione e un rallentamento dell'azione amministrativa. Il rischio, poi, è quello di rafforzare la posizione giuridica dei soggetti avversi all'attuazione di una determinata legge».

¹⁰³ «Nel loro calcolo, infatti, gli organi elettivi possono non internalizzare tutti i costi sociali derivanti dall'adozione di discipline del procedimento particolarmente garantiste. Poiché i costi della partecipazione al procedimento e dell'eventuale azione in giudizio in caso di violazioni sono sostenuti dai soggetti privati, il legislatore potrà risultare molto generoso nel riconoscere diritti procedurali, dato che i relativi oneri saranno sopportati dall'amministrazione e dagli interessati»: G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 225.

zione, in altri termini, possono rappresentarsi come anomalie rispetto al corrispondente paradigma di riferimento.

E non si tratta – con tutta evidenza – *solo* di prendere atto di quanto via via positivamente previsto in relazione alla progressiva affermazione e consolidazione strutturale delle dinamiche partecipative, ma forse anche di riconoscere che della partecipazione, attraverso il veicolo più o meno conformativo degli strumenti che ne assicurano diffusamente l'applicazione in sede procedimentale, non è più possibile fare a meno, non risultando probabilmente accettabili, prima ancora che ammissibili, eventuali scelte regressive.

Un esempio emblematico, in questo senso, emerge paradossalmente proprio dalle più recenti misure di presunta semplificazione amministrativa introdotte nell'ordinamento italiano; nel quadro di interventi astrattamente significativi in chiave semplificatoria e acceleratoria, come nel caso di quelli relativi alla disciplina dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, il regime delle garanzie partecipative è stato invece ulteriormente rafforzato¹⁰⁴.

Che se ne assuma una visione marcatamente valoriale o piuttosto di ordine essenzialmente giuridico-formale, e dunque anche a prescindere per il momento dal problema della relativa dequotabilità, vi è infatti un dato incontrovertibile, ovvero quello per cui gli istituti partecipativi, per quanto costosi, concorrono oramai a comporre la modellistica procedimentale dell'ordinamento italiano, permeandone gli spazi e incanalandone per ciò solo le concrete modalità di svolgimento.

Ne costituiscono, a questo punto, un tratto identificativo, distintivo, oltre che rappresentare la doverosa proiezione in ambito pro-

¹⁰⁴ Si cfr. l'articolo 12, comma 1, lettera e), della legge n. 120/2020, attraverso cui è stato modificato il comma 1 dell'articolo 10-*bis* della legge n. 241/1990 che a tutt'oggi prevede testualmente che «la comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. *In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato*» (corsivo di chi scrive, n.d.r.).

cedimentale, positivizzata o comunque quale espressione del diritto vivente, di principi e disposizioni più generali di rango costituzionale o comunque di fonte europea e sovranazionale; un tratto, quindi, sempre meno rinunciabile, almeno in astratto.

Come è stato acutamente osservato, d'altronde, «quando pure la partecipazione al procedimento si profilasse come un gioco meramente formale, ossia come un insieme di riti capaci di schermare, anche solo in parte, la cifra selettiva ed elitaria del processo decisionale pubblico, ciò non potrebbe mai diventare una buona ragione per rinunciarvi»: sulla scorta dell'insegnamento di Alexis De Tocqueville, infatti, «è comunque la "forma" che ripara e difende chi è debole da chi è più forte»¹⁰⁵.

Il che, però, non significa che non vi siano tensioni.

Una delle più rilevanti, anche perché particolarmente evidente, riguarda proprio l'ambigua direzione che sembra stia intraprendendo l'ordinamento italiano, anche rispetto a quanto sta avvenendo in altri sistemi nazionali e soprattutto nel diritto europeo e nell'universo composito del diritto amministrativo globale, laddove si assiste a un «costante rafforzamento» in particolare delle garanzie partecipative¹⁰⁶.

L'ordinamento italiano, invece, appare per l'appunto rivelare una certa contraddittorietà di fondo: per un verso, infatti, non può dirsi certamente immune rispetto ai ricordati sviluppi europei o sovranazionali inerenti alle dinamiche partecipative, sulla falsariga di quanto avviene da tempo negli altri ordinamenti nazionali; per altro verso, però, sembra aver assunto una concezione della partecipazione che si caratterizza per una certa strumentalità di fondo, come meglio si dirà ma come può – invero – già evincersi anche da una «frettolosa» disamina degli orientamenti giurisprudenziali relativi all'applicazione dell'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990¹⁰⁷.

¹⁰⁵ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., 233.

¹⁰⁶ Così M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 18 ss.

¹⁰⁷ Ancora, M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 18 ss.

Una tensione che, in una prospettiva più generale, si spiega forse anche per il fatto che la partecipazione procedimentale permetterebbe «di definire l'equilibrio che si stabilisce tra Stato e cittadino», collocandosi «sul crinale tra i tre principi che reggono i pubblici poteri, quello di autorità (su cui si fonda il potere esecutivo), quello di giustizia (assicurato, di regola, dalle Corti), quello di democrazia (a cui provvedono normalmente le assemblee rappresentative)»¹⁰⁸.

Il problema, pertanto, sembra divenire quello di identificare un accettabile punto di equilibrio, anche sul piano strutturale, tra le differenti esigenze che vengono in rilievo rispetto all'articolazione di un determinato assetto partecipativo e, dunque, tra i vantaggi e gli svantaggi della partecipazione stessa; un punto di equilibrio che, tuttavia, non potrà che risultare mutevole, «precario», sia a fronte delle progressive trasformazioni dello scenario ordinamentale e delle torsioni a cui è via via sottoposto sia in relazione al «tipo di funzione e di struttura della singola amministrazione»¹⁰⁹.

Ciò detto però, prima di soffermarsi sulle tensioni e le torsioni a cui si è fatto cenno, occorre dar conto delle derive patologiche della partecipazione procedimentale.

5.1. segue: *la partecipazione sovrabbondante*

La prima espressione patologica delle dinamiche partecipative è quella definibile come «sovrabbondante»¹¹⁰.

In termini generali, si tratta di un'ipotesi che ricorre ogni qual volta si assiste a forme di «sovraccarico procedimentale»¹¹¹, da intendersi essenzialmente come un aumento degli oneri e delle guaren-

¹⁰⁸ Così S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 14.

¹⁰⁹ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 224. Sulla precarietà dell'equilibrio «tra i tre principi di autorità, di giustizia e di democraticità delle decisioni pubbliche», si v. ancora S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 14.

¹¹⁰ Si v. M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, cit.

¹¹¹ In questo senso, E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, Maggioli, I e II, 1983-1984, 3.

tigie procedurali per effetto di una eccessiva estensione del procedimento stesso alla relativa dimensione partecipativa.

In concreto, però, va detto che la partecipazione sovrabbondante può emergere in relazione a due situazioni che vale la pena distinguere.

La prima si riferisce ad una dilatazione del perimetro partecipativo, tanto sul piano qualitativo quanto su quello quantitativo, derivante direttamente dall'articolazione normativa dell'assetto procedimentale; ciò che, in particolare, può verificarsi per effetto del reciproco atteggiarsi delle disposizioni generali con le previsioni settoriali inerenti alla singola fattispecie procedimentale.

Il regime normativo applicabile a quel determinato procedimento, così come risultante dall'integrazione necessaria tra regole generali e settoriali, può infatti certamente concorrere a promuovere le condizioni per una eccessiva espansione della dimensione partecipativa, segnatamente attraverso la moltiplicazione dei momenti e delle forme di esercizio delle relative prerogative da parte dei soggetti privati.

Un certo sovraccarico partecipativo, in altri termini, può astrattamente dipendere dalla stessa configurazione normativa del disegno procedimentale¹¹²; come si è già evidenziato, del resto, «ciascun vincolo procedurale genera costi e benefici che vanno attentamente calcolati al fine di stabilire il loro livello ottimale»¹¹³.

Ebbene, rispetto a questo *primo* senso, ciò che è interessante notare è che di partecipazione sovrabbondante può parlarsi non solo in riferimento a tutte quelle ipotesi in cui l'attività amministrativa è normativamente chiamata a tendere verso forme di *overjudicialisation*, attraverso la trasposizione in sede procedimentale di «troppe» «forme giudiziarie»¹¹⁴, ma anche qualora, e non solo in

¹¹² In via esemplificativa, si pensi ai modelli partecipativi disegnati dalla legge regionale Toscana 2 agosto 2013, n. 46 s.m.i., portante "Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali".

¹¹³ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, 258.

¹¹⁴ Come ad esempio, «il diritto di essere informati, quello del contraddittorio, quello di ottenere un'idonea motivazione della decisione»: così S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, cit., 15.

funzione di garanzia, la sequenza procedimentale si regge sull'applicazione di regole generali e settoriali che concorrono complessivamente a determinare una sostanziale espansione dell'assetto partecipativo.

Basti pensare, a riprova di quanto evidenziato, al caso delle procedure ambientali e, in particolare, alle forme e modalità partecipative delineate nell'ambito della valutazione ambientale strategica dei piani e programmi nonché della valutazione di impatto ambientale dei progetti di opere pubbliche, laddove sono previste modalità particolarmente rafforzate¹¹⁵.

La seconda, invece, può manifestarsi tutte le volte in cui sono le medesime amministrazioni procedenti a caratterizzarsi nell'espletamento delle proprie attività procedimentali per una vocazione più o meno partecipativa, anche *oltre* quindi quanto prescritto o comunque astrattamente previsto dal dato positivo di riferimento.

Di partecipazione sovrabbondante, pertanto, può parlarsi anche in relazione a tutte quelle situazioni in cui, per le più svariate ragioni fattuali e facendo leva sulle precondizioni normativamente date di cui si è detto, l'autorità procedente manifesti una particolare inclinazione partecipativa che si traduce nella costruzione di un'architettura procedimentale il cui tratto qualificante è rappresentato anche da una declinazione degli istituti di partecipazione tanto sperimentale quanto, talvolta, ultronea rispetto non solo a quanto sarebbe positivamente richiesto, ma anche – tutto considerato – necessario, avuto riguardo alle specificità del caso concreto.

Ora, in alcune ipotesi, è lo stesso ordinamento ad ammettere astrattamente una siffatta eventualità, prefigurandone i contorni: basti pensare, ad esempio, alla facoltà riconosciuta all'autorità competente, nell'ambito dei procedimenti di valutazione di impatto ambientale, di disporre che la consultazione del pubblico «si svolga nelle forme dell'inchiesta pubblica, con oneri a carico del proponente»,

¹¹⁵ Per i procedimenti di valutazione ambientale strategica e di valutazione di impatto ambientale si v., rispettivamente, gli articoli 13 e 14 nonché 24 e 24-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 s.m.i.; più in generale, sulla amministrativizzazione degli interessi ambientali, si v. già M. GOLA, *L'amministrazione degli interessi ambientali*, Milano, Giuffrè, 1995.

fermo restando il rispetto del termine massimo previsto per la conclusione del procedimento stesso¹¹⁶.

In altri casi, invece, le disposizioni normative di fonte statale e soprattutto regionale non ne predeterminano forme e modalità di svolgimento, spesso anzi limitandosi a formulazioni generiche se non addirittura vaghe o indeterminate, inducendo o comunque così consentendo alle amministrazioni pubbliche di attivare percorsi sperimentali o comunque più o meno innovativi rispetto alla tradizionale modellistica partecipativa¹¹⁷.

Se la prima manifestazione della partecipazione sovrabbondante, pur rivelandosi concretamente in sede procedimentale, si deve innanzitutto imputare a una *cattiva* declinazione del regime partecipativo normativamente dettato e, come tale, applicabile a quello specifico procedimento, un assetto che quindi le amministrazioni

¹¹⁶ Si cfr. in particolare l'articolo 24-*bis*, comma 1, del decreto legislativo n. 152/2006, il cui comma 2 prevede che, «per i progetti di cui all'allegato II e nell'ipotesi in cui non sia stata svolta la procedura di dibattito pubblico di cui all'articolo 22 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, l'autorità competente si esprime con decisione motivata, sentito il proponente, qualora la richiesta di svolgimento dell'inchiesta pubblica sia presentata dal consiglio regionale della Regione territorialmente interessata, ovvero da un numero di consigli comunali rappresentativi di almeno cinquantamila residenti nei territori interessati, ovvero da un numero di associazioni riconosciute ai sensi dell'articolo 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349, rappresentativo di almeno cinquantamila iscritti».

¹¹⁷ Si pensi, ancora una volta, ai procedimenti di formazione degli strumenti di programmazione e pianificazione: contorni emblematici, ad esempio, assume il disposto dell'articolo 45, comma 8, della legge regionale Emilia-Romagna 21 dicembre 2017, n. 24 s.m.i., in forza del quale, nell'ambito dei procedimenti di formazione dei piani territoriali e urbanistici, «l'amministrazione procedente durante il periodo di deposito deve organizzare almeno una presentazione pubblica del piano, con tempi, modalità e forme comunicative non tecniche che consentano la partecipazione e comprensione anche ai non addetti ai lavori e, in considerazione della rilevanza e complessità dei contenuti del piano, ha la facoltà di attuare ulteriori forme di consultazione e di partecipazione dei cittadini, anche su iniziativa del Garante della comunicazione e della partecipazione di cui all'articolo 56». In particolare, «l'amministrazione procedente può attivare un processo partecipativo o promuovere un'istruttoria pubblica con le amministrazioni, le associazioni, i comitati e i gruppi di cittadini portatori di interessi a carattere non individuale, per fornire una completa informazione sul progetto e acquisire elementi di conoscenza e di giudizio, al fine dell'assunzione delle determinazioni conclusive sul piano». Inoltre, «qualora lo ritenga opportuno, l'amministrazione procedente può svolgere altresì un contraddittorio pubblico con coloro che hanno presentato osservazioni e proposte, fermo restando l'obbligo di rispettare il termine stabilito dal comma 9».

pubbliche finiscono per subire dovendovisi per l'effetto conformare, differente è invece il discorso da farsi in relazione alla seconda.

Ogni qual volta l'espansione partecipativa risponde a una scelta dell'amministrazione precedente, infatti, va da sé come sia la stessa amministrazione a doverne apprezzare e valutare adeguatamente i vantaggi e gli svantaggi, tanto diretti quanto indiretti, tenendo conto dei due principali limiti che una siffatta opzione incontra: il primo è evidentemente rappresentato dal dovere di concludere il procedimento e di farlo entro i termini prefissati, avuto riguardo anche alle conseguenze pregiudizievoli che potrebbero in caso contrario derivarne; il secondo, invece, dal rispetto necessariamente dovuto al principio costituzionale del buon andamento e, in particolare, al relativo corollario costituito dal canone del non aggravamento che, se non come un vincolo vero e proprio, funge comunque da contrappeso rispetto ad una eccessiva estensione delle dinamiche partecipative.

Il problema, pertanto, è che solo il primo limite si impone all'amministrazione precedente, per l'appunto anche per le già ricordate conseguenze pregiudizievoli che determina la relativa violazione, almeno in via tendenziale; il secondo, invece, opera in maniera più flessibile e giocoforza maggiormente cangiante nella realtà procedimentale, essendo rimesso alla medesima amministrazione il bilanciamento tra le diverse esigenze che vengono in rilievo.

Fermo restando l'obbligo di concludere il procedimento entro il termine prefissato, quindi, in questa ipotesi è proprio il bilanciamento concretamente operato dall'amministrazione precedente che potrebbe preconstituire le condizioni per una manifestazione patologica della partecipazione, nel senso di sovrabbondante e, dunque, ridondante anche rispetto alle finalità astrattamente prefigurate attraverso l'estensione dell'assetto partecipativo.

Pur rispettando la tempistica prevista per la conclusione del procedimento, cioè, l'autorità precedente potrebbe ad esempio finire per *immaginare* e conseguentemente disegnare un modello partecipativo tale tuttavia da comportare un sovraccarico, organizzativo e funzionale, delle strutture preposte e delle attività a cui le stesse sovrintendono; un sovraccarico che, in particolare, potrebbe compromettere non solo l'efficacia dell'azione amministrativa nell'ambito

dello specifico frangente procedimentale, ma potrebbe altresì riverberarsi negativamente sulla complessiva capacità dell'amministrazione ovvero di singoli settori o uffici della stessa di corrispondere adeguatamente ai propri compiti istituzionali.

Il che non significa negare l'utilità, prima ancora che la legittimità, di un innalzamento della dimensione partecipativa rispetto agli standard o comunque al nucleo più o meno rigido positivamente dato; la sperimentazione di forme e modalità partecipative ultronee rispetto a quanto strettamente previsto dalle norme generali e settoriali, del resto, è un'esigenza che affiora con particolare vigore – e che come si è evidenziato l'ordinamento tende spesso addirittura a promuovere direttamente o indirettamente – proprio nei casi in cui l'amministrazione è chiamata a confrontarsi con una maggiore complessità della scelta discrezionale, delle valutazioni tecniche ovvero, come sovente accade, di ambedue questi profili; casi, quindi, in cui più marcata risulta la necessità di rafforzare il quadro delle conoscenze e il sistema della garanzie nonché, ancora, la legittimazione della decisione amministrativa¹¹⁸.

Significa, però, riconoscere che l'equilibrio che l'amministrazione precedente è chiamata a raggiungere, onde evitare di incorrere nella deriva e nei rischi della partecipazione sovrabbondante, è tanto instabile quanto fatalmente condizionato sia dalla concretezza della realtà procedimentale in cui deve operare sia dal contesto più generale in cui l'amministrazione è inserita, dovendo per ciò solo tener conto delle forze e delle dotazioni, innanzitutto umane e materiali, di cui dispone¹¹⁹; sicché, per quanto addirittura seducenti possano essere talune estensioni del regime partecipativo, anche in quando idonee a rivelare una peculiare propensione al *favor participationis* nelle interrelazioni con gli amministrati, si spiega allora la necessità

¹¹⁸ Come osserva M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, cit., del resto, «Il problema del sovraccarico non si può però affrontare al di fuori di una corretta impostazione del rapporto tra garanzia ed efficienza o senza considerare l'esigenza di legittimare la decisione amministrativa».

¹¹⁹ Tanto più alla luce delle notorie differenze che, longitudinalmente e trasversalmente, caratterizzano ancora oggi l'ordinamento italiano e lo stesso sistema amministrativo: per una recente e ampia disamina in relazione al divario Nord-Sud, ad esempio, si legga A. ROMEO, *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 2020, 807 ss.

di considerarne puntualmente tutti i costi e il conseguente impatto complessivo sull'azione amministrativa¹²⁰.

Un equilibrio, perciò, molto delicato, tanto più che il problema della partecipazione sovrabbondante non involge solamente l'articolazione di modalità più o meno sperimentali o innovative rispetto all'archetipo normativo degli istituti e degli strumenti tipicamente riconducibili alla modellistica partecipativa, ma investe anche altri profili, a partire da quello relativo alla completezza e all'appropriatezza dell'istruttoria.

Oltre a dover rispettare il termine di conclusione del procedimento e a non aggravarlo «se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria», infatti, occorre tener conto anche della dequotazione dell'attività consultiva e del relativo impatto sull'istruttoria procedimentale, in un quadro più generale segnato dall'indebolimento delle «burocrazie non burocratiche»¹²¹.

E, a tal fine, si possono richiamare tutte quelle previsioni che, pur in vista del raggiungimento di obiettivi più generali o comunque *ultronei*, nel senso per cui la dequotazione si manifesta come un ca-

¹²⁰ D'altronde, «la stessa previsione costituzionale che informa l'organizzazione amministrativa all'imparzialità e al buon andamento (art. 97 Cost.) registra proprio questa spinta di verso opposto tra costi, maggiori o minori, da sostenere nella procedura amministrativa»: così, ancora, M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, cit.

¹²¹ Con l'espressione «burocrazie non burocratiche», su cui si v. in generale A. VARNI, G. MELIS (a cura di), *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1999, si intendono «le competenze tecniche diffusamente presenti nell'amministrazione italiana a cavallo tra Otto e Novecento», tra cui «Ingegneri e geometri del Genio civile, ufficiali del catasto, topografi, statistici specializzati nelle varie branche della statistica di Stato, tecnici delle ferrovie, architetti delle Belle arti, ingegneri idraulici, esperti di bonifica e di incanalamento delle acque, specialisti del settore agricolo, ufficiali di pesi e misure, archivisti, bibliotecari di Stato, archeologi, restauratori d'opere d'arte, medici e veterinari di Stato, chimici, attuari e matematici, investigatori esperti in impronte digitali e diplomati in polizia scientifica, esperti in fotografia segnaletica, geologi, misuratori di fenomeni tellurici, ufficiali forestali, geografi, merceologi, progettisti d'armi e di tecnologie militari»: così G. MELIS, *La fuga dall'amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell'amministrazione dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, 2, 469 ss.; si cfr. anche Id., *Culture dei "tecnici" e amministrazione nell'Italia di ieri e di oggi*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 291 ss.; A. ZUCARO, *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, ivi, 303 ss.; F. MERLONI, *Le attività conoscitive e tecniche delle pubbliche amministrazioni. Profili organizzativi*, in *Dir. pubb.*, 2013, 481 ss.

rattere incidentale o comunque non intenzionalmente perseguito rispetto alla soddisfazione di finalità di ordine semplificatorio e acceleratorio delle dinamiche procedimentali, restituiscono, più o meno esplicitamente, la sensazione, l'idea, che dei corpi tecnici si possa fare anche a meno¹²².

Ci si riferisce, ad esempio, agli articoli 16 e 17 nonché, più di recente, anche a quanto disposto dall'articolo 17-*bis*, sempre della legge sul procedimento.

Tutte previsioni che, pur muovendosi per l'appunto nel solco delle logiche acceleratorie e semplificatorie che primariamente le animano, finiscono tuttavia per marginalizzare anche il ruolo dei corpi tecnici ordinariamente investiti del compito di presiedere alle corrispondenti attività consultive o all'espletamento delle valutazioni tecniche del caso.

Resta il fatto, ad ogni modo, che un «importante riscontro della idoneità del bilanciamento operato dall'amministrazione nel corso del concreto svolgimento dell'attività amministrativa si ha nei contesti di supervisione (giudiziale o di altro tipo) in cui si valuta – tra l'altro – la congruità dell'approfondimento istruttorio (e della partecipazione) in relazione al potere esercitato»¹²³.

Un riscontro circa la congruità del bilanciamento operato dall'amministrazione procedente che, una volta ancora, riporta il discorso sui binari del rapporto, del *continuum*, procedimento-processo, su cui come anticipato ci si soffermerà più avanti.

¹²² Per S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, 8, «l'amministrazione, più che fare, fa fare [...] L'amministrazione pubblica, sempre più dominata da amministrativi, piuttosto che da tecnici, si depauperava di competenze tecniche settoriali, a favore di generalisti “*bon à tout faire*”, con preparazione giuridico-formale». Si tratta, del resto, di una traiettoria che caratterizza da molto tempo il sistema amministrativo italiano e che si è ulteriormente tradotta in una pluralità di itinerari diversificati; una traiettoria più generale, ad ogni modo, che è più o meno proseguita fino ad oggi, come invero dimostrano – solo per riferirsi all'attualità – le alterne vicende che hanno investito i corpi sanitari e quelli che presiedono ai lavori pubblici; si cfr., in proposito, anche L. SALTARI, *Che cosa resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, spec. 271 ss.; G. FIORENTINO, *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, 479 ss.

¹²³ Così M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, cit.

5.2. segue: *la partecipazione aggressiva*

Un'altra manifestazione patologica della partecipazione procedimentale particolarmente rilevante è quella definita invece come «aggressiva»¹²⁴.

Si tratta di una torsione del principio partecipativo i cui effetti disfunzionali, iscrivendosi nel quadro più generale del fenomeno di «diluizione del potere» indotto anche dal progressivo consolidarsi del principio stesso¹²⁵, pongono o comunque ripropongono – finanche alimentandolo – il problema della «garanzia del pubblico» di fronte alla «forza degli interessi»¹²⁶.

Come si è evidenziato, infatti, soprattutto la questione delle garanzie procedurali, il relativo riconoscimento al pari del corrispondente assetto strutturale, ha storicamente concorso a definire, colorare e, per l'effetto, condizionare le traiettorie evolutive in ordine alle relazioni tra soggetti privati e pubblici poteri; soggetti, cioè, la cui posizione si trova a dover fronteggiare o risulta comunque in qualche modo interessata dall'esercizio di un determinato potere funzionalmente attribuito a una determinata amministrazione pubblica.

È un fatto, però, come taluni interessi privati, vuoi per la relativa rappresentatività vuoi per il corrispondente peso economico vuoi, ancora, per farsi forti di un sapere particolarmente qualificato, assumano un rilievo decisamente peculiare nell'articolazione e nello sviluppo delle dinamiche procedurali; un rilievo che, come tale, finisce per sovra-rappresentarne la posizione tanto nei riguardi dell'amministrazione procedente quanto nei confronti degli altri destinatari del potere ovvero comunque degli ulteriori portatori di interessi coinvolti, pubblici, privati o collettivi che siano.

Per quanto le garanzie o le prerogative partecipative siano formalmente riconosciute a tutto coloro che ne hanno titolo, infat-

¹²⁴ Si cfr. M. DE BENEDETTO, *Partecipazione [dir. amm.]*, cit.

¹²⁵ Sulla «diluizione del potere», si v. M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1984, 835.

¹²⁶ M. OLSON, *La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano, Ledizioni, 1983, spec. 129; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 400.

ti, va da sé come «le “dure repliche della Storia”» rivelino nitidamente come un conto sia «la partecipazione dispiegata nel procedimento dal *quivis de populo*, dall’“uomo qualunque”, da “*Man in the street*”», tutt’altro conto sia invece «il ruolo che può essere giocato, magari in uno stesso procedimento, dai portatori di interessi c.d. forti»¹²⁷.

Rivolgendo lo sguardo alla realtà effettuale e, dunque, alla concretezza dei singoli percorsi procedimentali, perciò, che taluni interessi risultino suscettibili di influenzare o quanto meno di *ispirare* fortemente le dinamiche deliberative nell’arena pubblica appare così più quasi una constatazione che una considerazione.

L’effetto ultimo in sede procedimentale, ad ogni modo, è quello per cui determinati interessi, per l’appunto più forti, «hanno più filo da tessere rispetto a quelli rappresentati, sia individualmente che collettivamente, da chi è più debole»¹²⁸.

Si assiste così ad una sorta di tensione immanente, quando non a uno scontro più o meno velato, tra i «signori» o comunque i «professionisti» della partecipazione, da un lato, l’amministrazione precedente e la platea di «dilettanti», dall’altro, il cui tratto qualificante o distintivo può predicarsi – essenzialmente in negativo – come obiettiva difficoltà di opporsi, foss’anche solo limitatamente a taluni aspetti del discorso procedimentale, al punto di vista veicolato dai primi¹²⁹.

¹²⁷ COSÌ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., 212.

¹²⁸ In questi testuali termini, R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., 213, per il quale, tenendo conto della «stessa esperienza nordamericana relativamente al ruolo giocato dalle *agencies* nella loro attività di negoziazione e mediazione degli interessi pubblici e privati», troppo spesso l’interesse pubblico finisce coll’essere sacrificato sull’altare degli interessi privati, ossia *captured* ad un livello troppo basso, in quanto che un accordo (un accordo purchessia) è comunque sempre preferibile alla mancanza di un’intesa, di un’intesa a prescindere».

¹²⁹ Al riguardo, si v. già F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1977, 1625 ss., riecheggiando MAX WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, trad. it. Torino, Einaudi, 1948. Va da sé, però, che soprattutto nei procedimenti più complessi, ad esempio in materia urbanistica o ambientale, un ruolo importante può essere svolto, a determinate condizioni, da soggetti qualificati o comunque esperti nella costruzione e facilitazione dei percorsi partecipativi: si v., al riguardo, L. BOBBIO (a cura di), *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese,*

Ciò a cui, tra l'altro, fa spesso da *pendant*, come è stato autorevolmente osservato, la propensione delle amministrazioni pubbliche a mostrarsi «deboli con chi è forte e più forti [...] con il *quivis de populo*, ossia con l'uomo comune che aspira a un qualche bene della vita»¹⁵⁰.

Se, cioè, «le facoltà e le pretese partecipative sono di tutti gli aventi diritto», in altri e ancora più netti termini, è indiscutibile «il ruolo che può essere giocato, magari in uno stesso procedimento, dai portatori di interessi c.d. forti»¹⁵¹.

E va da sé, quindi, come al confronto con questi interessi obiettivamente più forti, dovrà prestarsi una cura particolare nell'alveo dei percorsi procedurali, proprio in considerazione della naturale attitudine all'orientamento o al condizionamento che manifestano e che sono, per ciò solo, in grado di dispiegare nelle medesime sedi procedurali.

Si tratta, del resto, di un elemento che «l'asettica neutralità delle norme tende a schermare»¹⁵²; un elemento, tuttavia, che assume un rilievo evidentemente non marginale, concorrendo – tra l'altro – a conformare la traiettoria procedimentale e, dunque, il confronto tra gli interessi ivi coinvolti, segnatamente in vista dell'identificazione dell'interesse pubblico in concreto.

Relativamente alla partecipazione aggressiva, d'altra parte, vi sono almeno tre aspetti che vale la pena sottolineare.

In primo luogo, infatti, è il caso di intendersi meglio sulla fisionomia dei portatori degli interessi forti o quanto meno percepiti come tali.

Lungi da chi scrive l'intenzione di volerne formulare una sorta di improbabile tassonomia, esulando peraltro tale finalità dal peri-

associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004; F. GELLI, *Deliberative design for public engagement in decision-making processes*, in *Partecipazione e Conflitto*, 2018, 280 ss.

¹⁵⁰ Ancora, R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., 215.

¹⁵¹ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., 212.

¹⁵² Così, sempre R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., 213.

metro dell'indagine, va da sé però come i principali indiziati siano naturalmente i poteri economici¹³³.

Nella quotidiana lotta per la supremazia tra principi e mercanti, così come nella eviterna rincorsa reciproca degli uni verso gli altri¹³⁴, del resto, non c'è dubbio che i poteri economici siano senz'altro quelli che meglio si prestano a forme di interazione propulsiva o rinforzata in sede procedimentale, disponendo d'altronde della provvista finanziaria necessaria per acquisire le professionalità indispensabili per perseguire i propri obiettivi.

Ciononostante, avuto riguardo anche a quanto emerge dalla realtà effettuale, resta il fatto come non appaia completamente appagante assumere una piena corrispondenza, quasi in termini biunivoci, tra interessi forti e poteri economici: innanzitutto perché, in relazione ad un medesimo procedimento, più poteri economici in contrapposizione tra loro potrebbero elidersi a vicenda, frustrando così le rispettive aspettative e affievolendo conseguentemente la propria forza; in secondo luogo, poi, perché l'intensità con cui un certo potere economico manifesta la propria *vis* partecipativa risulterà tanto più significativa quanto più potrà dispiegarsi nell'alveo di dinamiche procedimentali riconducibili al relativo ambito settoriale di attività.

La forza partecipativa di un determinato operatore economico, cioè, non sembra potersi pensare separatamente dal corrispondente segmento di attività, potendo soprattutto lì sfruttare tutti i vantaggi ad esso implicitamente connessi, a partire da quelli di ordine conoscitivo.

Basti pensare, a riprova di ciò, ai procedimenti di rilevanza territoriale, segnatamente quelli concernenti la localizzazione e la realizzazione di opere pubbliche o private di particolare impatto; in questi casi, infatti, non può sfuggire come ormai, finanche nell'ordinamento italiano, una certa forza sia da riconoscere, ad esempio, anche a talune organizzazioni ambientali che, in particolare a cagione delle

¹³³ Si cfr. C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, 103; J.L. MASHAW, *Structuring a "Dense Complexity": Accountability and the Project of Administrative Law*, in *Issues in Legal Scholarship*, 2005, 1.

¹³⁴ Nell'ambito degli studi teologici per "eviternità" si intende la realtà intermedia, ovvero lo stato intermedio, tra il tempo e l'eternità.

molteplici esperienze maturate e conoscenze tecniche via via acquisite, oltre che per la rinnovata e diffusa attenzione presso l'opinione pubblica dei valori di cui si fanno interpreti e portatrici, sarebbe fuorviante dipingere come deboli sol per la dimensione economica che esprimono, caratterizzandosi invece sempre di più per forme di professionismo partecipativo analoghe a quelle dei poteri economici propriamente detti.

In generale, quindi, si può astrattamente ritenere ricompresi nella famiglia degli interessi più forti tutti quelli che entrano nella trama procedimentale *forti*, per l'appunto, di una qualificazione strutturale o funzionale tale da renderli implicitamente titolari di prerogative partecipative di cui tutti gli *altri* non sono in sé e per sé detentori; una particolare qualificazione che, dispiegandosi innanzitutto sul piano delle conoscenze tecniche o comunque specialistiche all'uopo necessarie, si ripercuote sulla forza con cui la relativa posizione si manifesta nel procedimento, attivando fatalmente forme e modalità di interlocuzione rafforzata con l'amministrazione procedente.

In secondo luogo, poi, è appena il caso di osservare come i concetti di *forza* e *debolezza* riferiti ad un determinato portatore di interesse non siano da assolutizzare, dovendo al contrario essere relativizzati sia in ordine alla tipologia procedimentale o comunque all'ambito materiale di riferimento sia, per altro verso, con riguardo al concreto contesto procedimentale di volta in volta assunto come rilevante.

Certo, anche alla luce di quanto si è osservato, le forme più organizzate e strutturate sono quelle in capo alle quali risulta – di regola – generalmente ravvisabile anche un interesse (più) forte; sono quelle, in altri termini, le cui posizioni partecipative possono manifestarsi più intensamente rispetto alle altre nell'articolazione della dialettica procedimentale, vuoi per la corrispondente potenza economica vuoi, più in generale, per le capacità partecipative che esprimono, in particolare per effetto delle conoscenze ed esperienze maturate, a cui fa da *pendant* una certa mutua riconoscibilità tra amministrazione procedente, *rectius* tra i relativi preposti, e i portatori degli interessi in questione.

A ben vedere, però, il punto non è tanto quello di individuare categorie di interessi ontologicamente forti, almeno nella prospettiva

va dell'indagine, tanto più che, in un determinato procedimento, gli interessi forti potrebbero essere più d'uno e, come pure pare ovvio, finanche in contrapposizione tra di loro.

Si tratta, invece, di evidenziare come un determinato interesse potrà dirsi più o meno forte, essenzialmente nel senso di riuscire o di poter astrattamente sovrappresentare il proprio punto di vista, solamente assumendo come angolo di osservazione innanzitutto lo specifico *humus* procedimentale di riferimento.

Si pensi, esemplificando al massimo i termini del discorso, al procedimento di formazione di uno strumento di pianificazione urbanistica da parte di un piccolo comune laddove, non foss'altro che per ragioni di prossimità e contiguità, anche il principale operatore economico del corrispondente mercato edilizio di riferimento, per quanto microimpresa possa essere, potrebbe effettivamente rivestire il profilo di interesse forte nel caso di specie; ben difficilmente, invece, quello stesso operatore economico, a dispetto dell'unicità della porzione di territorio interessato, potrebbe affermarsi come tale anche nell'ambito del procedimento di approvazione di un piano sovracomunale ovvero, ancora, del procedimento di valutazione ambientale imputato ad un organo regionale.

Da qui, come è stato opportunamente osservato, la necessità di riservare comunque una particolare attenzione al problema della gestione procedimentale degli interessi più forti, ad esempio elaborando e sviluppando «un'adeguata metodologia istruttoria per la valutazione della forza dei diversi gruppi di pressione all'interno della procedura»¹⁵⁵.

D'altronde, proprio in questa prospettiva, è appena il caso di precisare che quanto si è osservato in relazione alla partecipazione aggressiva presenta inevitabili punti di contatto con la questione delle lobby, dei gruppi di pressione, delle forme di influenza più o meno indirette e così via¹⁵⁶; una questione che, come noto, sconta un evi-

¹⁵⁵ Così M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, 138, a cui si rinvia, oltre che per considerazioni più puntuali, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁵⁶ Per una ricostruzione e analisi del tema delle lobby e delle attività di *lobbying* nell'ordinamento italiano, si leggano il contributo di M. D'ANGELOSANTE, *Il fenomeno del lobbying in Italia: limiti e potenzialità della disciplina esistente e*

dente ritardo, conseguente forse anche a una certa resistenza – per certi versi innanzitutto culturale – ad affrontare e regolare esplicitamente il problema nell’ordinamento italiano, come invece in altri sistemi è da tempo, più realisticamente, avvenuto¹³⁷.

Eppure, l’«amministrativizzazione del lobbying, vale a dire l’orientarsi delle dinamiche di relazione ad un livello di decisione che non è (più solo) quello della decisione legislativa», è un fenomeno sempre più evidente e con il quale occorre necessariamente confrontarsi¹³⁸.

Una esigenza, invero, tanto più avvertita sol considerando la centralità che, come si vedrà nel capitolo seguente, assumono il raggiungimento del risultato e le logiche efficientistiche che lo ispirano nella realtà amministrativa italiana.

dei percorsi di completamento immaginabili, in *Ist. fed.*, 2018, 529 ss.; con specifico riguardo al possibile ruolo dell’Autorità nazionale anticorruzione, si v. le considerazioni di C. SERENI LUCARELLI, *La regolazione del lobbying come forma di prevenzione alla corruzione: il potenziale ruolo dell’Anac*, ivi, 605 ss.

¹³⁷ Per un esame della questione in sede europea, si legga M.R. MARCHETTI, *Il lobbying nell’Unione europea: le misure sulla trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2018, 745 ss.

¹³⁸ Così E. CARLONI, M. MAZZONI, *Nel cantiere delle lobbies*, in *Ist. fed.*, 2018, 524, secondo cui «I rapporti lobbistici si sviluppano sempre di più in un ambito che non è solo quello tradizionale della decisione politico-normativa, ed in luoghi che sono spesso diversi dalle anticamere del Parlamento. Questo, sia perché la dinamica della decisione ai più alti livelli è divenuta complessa, vede il coinvolgimento decisivo del Governo e degli uffici di diretta collaborazione, e si concentra in alcuni specifici momenti in cui spesso regnano meccanismi e logiche specifici [...] Proprio nelle trasformazioni della politica e delle sue dinamiche decisionali, nella crisi della rappresentanza politica, il tema del lobbying e della sua regolazione diviene tanto più centrale [...] Ma ad incidere sulla grande attenzione al tema non è solo la “crisi della forma partito” e della rappresentanza politica: la questione si pone in termini complessivi anche a livelli diversi, e riflette nel suo complesso l’esigenza sempre più avvertita di una formalizzazione dei meccanismi di relazione tra interessi organizzati e decisori, sia a livello parlamentare, governativo, sia a livello di istituzioni territoriali ed anche di amministrazioni pubbliche».

CAPITOLO II

ITINERARI EVOLUTIVI DELLA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE TRA ORIZZONTI VALORIALI E FUNZIONE STRUMENTALE

SOMMARIO: 1. Il sistema amministrativo italiano tra *esigenze* di partecipazione e *pretese* di risultato. – 2. Amministrazione di *risultato* o per *risultati*. – 3. Vizi formali o non invalidanti nell'applicazione evolutiva dell'articolo 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241. – 4. La partecipazione strumentale: quale partecipazione per quale risultato?

1. *Il sistema amministrativo italiano tra esigenze di partecipazione e pretese di risultato*

La partecipazione dei soggetti privati al procedimento risponde a una pluralità di esigenze che si sono progressivamente fatte strada nell'ordinamento italiano, pur se con diverse resistenze e attraverso itinerari complessi e non sempre lineari, specialmente in relazione alla piena e concorrente affermazione di ognuna delle corrispondenti proiezioni funzionali, e al netto di talune derive più o meno patologiche che ne hanno segnato, e continuano a segnare, le traiettorie evolutive.

Al nodo partecipativo, in altri termini, l'ordinamento italiano ha tentato di fornire una risposta, per quanto a tratti parziale e ancora oggi incompiuta, come si è evidenziato in precedenza; una risposta, tuttavia, che non può essere staticamente valutata solo in riferimento alla relativa adeguatezza, di ordine funzionale e strutturale, rispetto agli obiettivi originariamente perseguiti, ma necessariamente

apprezzata assumendo come angolo di visuale il mutare delle dinamiche, innanzitutto sociali ed economiche, che caratterizzano le interazioni tra amministrazioni pubbliche e soggetti privati.

Una risposta la cui adeguatezza, cioè, deve essere esaminata storicamente, contestualizzandola in corrispondenza delle molteplici trasformazioni che hanno nel corso del tempo investito il sistema amministrativo e, più in generale, la società italiana al pari dei relativi assetti istituzionali ed economici.

Ebbene, di questi tortuosi percorsi ordinamentali la legge sul procedimento ha costituito, se non il crocevia, certamente un termine di raffronto particolarmente interessante da considerare nella prospettiva data.

La legge n. 241/1990, infatti, «ha rappresentato una svolta che è prima di tutto un cambiamento di impostazione culturale e di concezione del rapporto fra cittadini, interessati e amministrazione»¹; ha segnato, in altri termini, «un vero e proprio spartiacque nella cultura giuridico-amministrativa italiana»².

Una legge quindi che, a distanza di trent'anni e pur nel quadro della «cura ingrassante» che l'ha progressivamente caratterizzata, investe e continua a investire molteplici profili, raccontando molto degli itinerari evolutivi del sistema amministrativo italiano.

Non è quindi casuale che, proprio in occasione del relativo trentennale, alcuni autori si siano dedicati a un esercizio di «comparazione storica», arrivando per questa via a chiedersi se non sia «forse venuta l'ora di cominciare a ragionare sull'elaborazione di una nuova legge del procedimento amministrativo»³.

¹ Così, in occasione del ventennale dalla relativa emanazione, G. PASTORI, *La legge n. 241 del 1990 vent'anni dopo*, in A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Vent'anni dopo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, XIII.

² In questi termini, nell'ambito di un convegno dedicato al venticinquennale della legge sul procedimento, F. PATRONI GRIFFI, *Cittadino e potere a 25 anni dalla legge n. 241 del 1990*, cit., 6.

³ In relazione agli itinerari evolutivi della legge sul procedimento e, in particolare, sul «raffronto» tra «il contesto nel quale la legge generale sul procedimento è stata varata» e «la situazione attuale», si v. il contributo di M. MACCHIA, *Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 697 ss.

Nel 1990, infatti, la legge «era orientata al futuro, aveva un contenuto innovativo rispetto all'esistente, tanto che la stessa ha contribuito in modo decisivo a modificare la percezione dell'amministrazione e del diritto amministrativo»; del resto, «al momento della sua adozione essa immaginava una realtà amministrativa che era ancora lontana dal prendere corpo, dato che l'azione amministrativa perseverava negli antichi canoni», al punto che «la costruzione di una relazione paritaria e collaborativa tra cittadino e autorità ha impiegato molti anni ad affermarsi (e, in parte, stenta ancora oggi)»⁴.

E le previsioni incidenti direttamente o indirettamente sulla partecipazione procedimentale, a partire dal regime dettato per gli interventori necessari e per quelli facoltativi, si sono fin dal 1990 imposte tra le principali innovazioni introdotte dalla legge stessa.

Innovazioni che, per i riformatori degli anni Ottanta, avrebbero dovuto far fronte ai numerosi problemi, anche molto concreti, e alle altrettante significative lacune che la realtà si incaricava quotidianamente di far emergere nelle relazioni tra amministrazione e amministratori.

Un'amministrazione, cioè, che complessivamente si caratterizzava per una certa autoreferenzialità e impermeabilità, operando «in stretta riservatezza» e «negando molte informazioni ai cittadini»⁵.

Si trattò, quindi, di innovazioni che, per quanto parziali e non pienamente coerenti con le indicazioni che aveva fornito la Commissione presieduta da Mario Nigro, riflettevano opzioni di politica

⁴ Così M. MACCHIA, *Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale*, cit., 703, secondo cui invece «Nel 2020 la legge sul procedimento appare come un testo di manutenzione, privo di uno sguardo di lungo periodo, che fatica con continui emendamenti e ripensamenti a rincorrere l'esistente, arrancando rispetto alle impetuose necessità dello sviluppo economico, tecnologico e sociale della nazione. All'ampliamento dell'ambito di azione amministrativa, alla frequente domanda di intervento pubblico in quasi tutti i settori – a dispetto dei proclami legislativi di tipo liberistico: meno burocrazia, meno Stato – fa da contraltare una legge sul procedimento quasi indifferente, non adatta all'idea che quel che fa l'amministrazione determina come lo fa, e quindi che la natura della funzione determina come essa viene disciplinata». Di «crisi di identità» della legge sul procedimento parla G. NAPOLITANO, *La legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo è ancora attuale?*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, 146 ss., evidenziando la necessità di «rinnovarla e di provare a ridefinirne i tratti distintivi».

⁵ Ancora, M. MACCHIA, *Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale*, cit., 697.

legislativa espressione delle sollecitazioni che da tempo provenivano dall'ambiente circostante e, dunque, anche dalla società italiana, iscrivendosi così in un *humus* culturale che, a fronte del progressivo acutizzarsi della polemica «antiburocratica», richiedeva, pretendeva, una evoluzione nei rapporti tra cittadini e amministrazioni pubbliche.

Basti pensare, in questa prospettiva, non solo all'articolazione del regime dei diritti partecipativi, ma anche all'introduzione di istituti o figure come la comunicazione di avvio del procedimento nonché, per altro verso, al responsabile del procedimento, con tutte le conseguenze che fatalmente finiscono per derivarne sia sul versante dell'attività sia su quello organizzativo⁶.

Innanzitutto, infatti, l'ordinamento si orienta sempre di più verso il riconoscimento del «corposo nesso logico che, sia sul piano strutturale che secondo un'ottica funzionalistica, mette in relazione la partecipazione al procedimento amministrativo con il procedimento *tout court* e, conseguentemente, il procedimento stesso, in quanto manifestazione sensibile della funzione pubblica, con le forme concrete del potere e dell'agire pubblico, e cioè dell'agire pubblico allorché si faccia uso (*rectius*, si debba fare uso) dei moduli paradigmatici del diritto amministrativo»⁷.

Proprio la figura del responsabile del procedimento, poi, assume progressivamente contorni paradigmatici della nuova stagione, invero anche a riprova anche della inscindibilità, della reciproca interconnessione, tra attività e organizzazione.

Come scriveva lo stesso Mario Nigro, del resto, «organizzazione» e «attività» sono «due profili (due modi di essere) dello stesso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini» e lo stesso procedimento «da una parte, è attività, o forma di attività, dall'altra ed

⁶ Sul responsabile del procedimento, in generale, ci si limita per il momento a rinviare al contributo di M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in G. ARENA, C. MARZUOLI, E. ROZO ACUNA (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, 297 ss.

⁷ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., 210.

insieme, è coordinazione (azione coordinata) di uffici (cioè di competenze, di interessi) quindi organizzazione»⁸.

Ed anche se le resistenze e i ritardi non mancarono, in un quadro comunque segnato anche da alcune non secondarie lacune, non c'è dubbio che il nuovo assetto gradualmente concorse a promuovere le condizioni per un progresso *nelle e delle* interazioni procedimentali tra amministrazioni pubbliche e soggetti privati.

Tutto ciò, però, contribuì a determinare un effetto che, forse al netto delle visioni e delle correnti di pensiero che maggiormente insistevano sulla valenza democratica della partecipazione procedimentale, non era probabilmente atteso né almeno così direttamente voluto.

Ci si riferisce alla circostanza per cui sulla partecipazione procedimentale o, meglio, sull'assetto normativamente dato della stessa, si scaricarono molteplici aspettative in qualche modo riconducibili ad istanze e ad esigenze più generali, se non addirittura a vere e proprie questioni sistemiche.

Istanze ed esigenze, in particolare, dirette o comunque teleologicamente orientate a rendere l'amministrazione pubblica, specialmente nell'ambito del relativo farsi procedimentale, più aperta, più trasparente e maggiormente propensa ad interagire con il contesto sociale ed economico di riferimento ovvero a mettersi, per così dire, al servizio del cittadino.

La partecipazione, in altri termini, si caricò di significati aggiuntivi in corrispondenza delle ulteriori esigenze che in qualche modo premevano, anche dall'esterno del perimetro amministrativo, per ricevere o comunque trovare una qualche forma di soddisfazione; come se, in questa prospettiva, l'estensione dell'assetto e delle prerogative partecipative, anche attraverso una più puntuale articolazione del relativo regime giuridico, potesse divenire una delle soluzioni per concorrere a risolvere i tanti problemi dell'amministrazione italiana, nel quadro di una ridefinizione dei contorni delle interrelazioni tra amministrazione e amministrati.

⁸ Ci si riferisce alle note pagine di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzativa della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 125 ss.

Anche a causa del sentiero tutto sommato *stretto* rappresentato dalle disposizioni della legge sul procedimento, tuttavia, va da sé come tutto ciò non sia realizzato né, almeno ad avviso, sarebbe stato possibile altrimenti.

Troppo ampie e diversificate erano, e sono ancora oggi, le esigenze a cui avrebbe dovuto concorrere a fornire risposte, spesso per l'appunto ultronee rispetto alle problematiche a cui, invece, attraverso di essa si mirava più direttamente a corrispondere.

Un esempio particolarmente eclatante, in questo senso, può riscontrarsi osservando le dinamiche ordinamentali che hanno investito le relazioni tra partecipazione procedimentale e trasparenza⁹.

Tra i diritti partecipativi, infatti, l'articolo 10, comma 1, lettera b), della legge n. 241/1990, ha sin dalla relativa entrata in vigore contemplato anche quello di prendere visione degli atti del procedimento; e non c'è dubbio che, unitamente alla possibilità di presentare memorie, l'accesso agli atti endoprocedimentale costituisca, primariamente e per sé, una prerogativa strutturalmente e funzionalmente preordinata a consentire l'affermazione e il pieno sviluppo del processo partecipativo sia in generale sia con specifico riferimento alla posizione procedimentale dei singoli interventori.

Al contempo, però, proprio l'esercizio del diritto di accesso endoprocedimentale, tanto più alla luce della progressiva estensione del novero dei soggetti astrattamente legittimati a partecipare, ha contribuito per un certo tempo a soddisfare anche il bisogno di rendere, e percepire, l'amministrazione più aperta e trasparente, per certi versi anche oltre il perimetro dello specifico ambito procedimentale di cui trattava.

Certo, in relazione a questa opzione ricostruttiva, si potrebbe obiettare che, in realtà, quello spazio e, quindi, quell'esigen-

⁹ In questo senso, del resto, va richiamata l'osservazione di A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, 311 ss., secondo la quale «non deve sottacersi che, in Italia, proprio l'intensificazione dell'attenzione degli studiosi sui diritti di accesso indirettamente ha determinato la parziale dequotazione dell'interesse per il legame – in realtà altrettanto stretto – fra il principio di trasparenza amministrativa ed altri istituti applicativi (per esempio, l'obbligo di motivare i provvedimenti e, prima ancora, la tutela dei diritti di partecipazione procedimentale, nonché la valorizzazione del ruolo, di per sé importantissimo, del responsabile del procedimento)».

za potevano dirsi sostanzialmente già colmati dall'accesso agli atti esoprocedimentali previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge sul procedimento, oltre che da alcune discipline più o meno settoriali¹⁰.

È pur vero, tuttavia, che l'espressa previsione dell'accesso agli atti esoprocedimentali, segnata a fronte della generalizzazione disposta dal richiamato articolo 10 della legge sul procedimento, non può ritenersi del tutto estranea, per l'appunto anche *oltre* le logiche e le finalità strettamente partecipative precedentemente richiamate, alle traiettorie evolutive del rapporto amministrativo nell'ordinamento italiano.

Quante volte l'esercizio di un siffatto diritto partecipativo, ad esempio da parte di portatori di interessi diffusi o collettivi, non si è limitato a dispiegare i relativi effetti nell'alveo della specifica *occasione* procedimentale, in particolare attraverso la conseguente presentazione di memorie e documenti, ma ha globalmente reso quegli interventori maggiormente edotti e consapevoli delle logiche e delle finalità sottese all'azione amministrativa, settore per settore e fattispecie procedimentale dopo fattispecie procedimentale? E quante volte, ancora, l'esercizio di questo diritto partecipativo si è poi ulteriormente riflesso, così in qualche modo replicandosi, in altri e differenti percorsi procedimentali, nel quadro delle interazioni inevitabilmente sussistenti, ai vari livelli e nelle diverse sedi, tra i soggetti che di quegli stessi interessi si sono fatti via via portatori?

La possibilità di prendere visione ed estrarre copia degli atti del singolo procedimento, in altri termini, non ha assolto solamente alle indefettibili necessità della partecipazione difensiva o collaborativa, ma ha complessivamente concorso a orientare e amplificare, anche a prescindere dal riferimento all'orientamento che riconosce alla partecipazione procedimentale finanche una funzione democratica, la conoscibilità, la comprensibilità e l'intellegibilità dell'azione amministrativa dei pubblici poteri nel relativo insieme.

¹⁰ Si pensi, ad esempio, alla Convenzione di Aarhus del 1998 sull'accesso alle informazioni, sulla partecipazione dei cittadini e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, entrata in vigore nel 2001.

Orbene, tutto ciò valeva e vale ancora oggi, ma l'evoluzione dell'ordinamento ha fisiologicamente ristretto questo spazio, innanzitutto di fronte alle trasformazioni che hanno investito il concetto e il regime della trasparenza amministrativa.

Le disposizioni del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in particolare a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, hanno infatti disciplinato – come noto – una nuova tipologia di accesso, di portata generale ed esercitabile da chiunque vi abbia interesse¹¹.

Soprattutto, poi, è lo stesso concetto di trasparenza ad aver subito un processo di intima trasfigurazione, assumendo sempre di più «la fisionomia di concetto dalla valenza giuridica multiforme e polivalente: corollario dei macro-principi che, *ex art. 97 Cost.*, stanno alla base dell'operato della p.a., ma nel contempo obiettivo da raggiungere e insieme di meccanismi puntuali, attuativi del principio di buon andamento, dal quale derivano doveri specifici in capo all'amministrazione»¹².

Tutto ciò, però, non è senza conseguenze nella misura in cui ha finito per ridimensionare l'estensione qualitativa e quantitativa di quello spazio, per quanto ultroneo fosse, che per diverso tempo l'esercizio delle prerogative correlate alla partecipazione procedimentale ha indirettamente contribuito a colmare.

Sempre in questa prospettiva, d'altronde, un altro esempio si può ravvisare anche nei tortuosi processi di liberalizzazione o comunque di de-procedimentalizzazione perseguiti nell'ordinamento

¹¹ In proposito, si v. G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017, 18 ss.; M. LUNARDELLI, *The reform of legislative decree n. 33/2013 in Italy: a double track for transparency*, in *Italian Journal of Public Law*, 2017, 46 ss.; E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, 579 ss.; D.-U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2016, 19 ss.; M. SAVINO, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 593 ss.

¹² Così A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, cit., 334 ss., secondo cui «essa è “uno dei miti sociopolitici del nostro tempo”, proprio perché, lungi dal rappresentare un mero obiettivo di portata squisitamente teleologica, ha assunto la dignità di principio, dal che consegue, in un certo qual modo, la sua vincolatività “qualificata”».

italiano, a partire dalla graduale dilatazione dell'ambito applicativo di figure come la segnalazione certificata di inizio attività¹³.

Ciò che evidentemente non si traduce in una valutazione o addirittura in un giudizio sulla bontà o meno delle scelte compiute nel corso del tempo, né sulla coerenza o correttezza giuridico-formale dei modelli normativi a tal fine delineati, tanto più alla luce delle criticità che hanno e che continuano concretamente a mostrare, bensì nella mera constatazione che l'allargamento delle ipotesi sottratte al regime procedimentale ha ristretto l'ambito applicativo dei diritti partecipativi e, per ciò solo, concorso a sua volta a ridurre, soggettivamente e oggettivamente, l'area di incidenza o comunque di influenza della dimensione e delle prerogative partecipative così come normativamente disegnate per la sede procedimentale¹⁴.

In ben altra prospettiva, poi, un certo rilievo non può non riconoscersi, soprattutto negli ultimi anni, alla rivoluzione tecnologica e, per questa via, all'utilizzo sempre più massivo delle nuove tecnolo-

¹³ Sulle liberalizzazioni, in generale, si cfr. G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubb.*, cit., 3492 ss.; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000; E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, Giappichelli, 2008; si v. anche E. BOSCOLO, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urb. app.*, 2012, 506 ss. Con specifico riferimento al modello previsto dall'articolo 19 della legge n. 241/1990 e alle tortuose vicende che lo hanno caratterizzato, i contributi della scienza giuspubblicistica italiana sono molto numerosi: ci si limita quindi a rinviare a F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della DIA-SCIA*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, ivi, 2014, 25 ss.; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, ivi, 2012, 193 ss.; M. RAMAJOLI, *La SCIA e la tutela del terzo*, ivi, 2012, 329 ss.; A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, ivi, 2002, 16 ss.

¹⁴ Basti pensare proprio all'annoso problema della posizione del terzo rispetto ai casi di segnalazione certificata di inizio attività su cui, oltre agli autori citati nella nt. precedente, si cfr. da ultimo anche F. LIGUORI, *La "parentesi amministrativa" della SCIA e le tutele del terzo*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 281 ss.; L. BERTONAZZI, *Scia e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 711 ss.

gie e degli algoritmi da parte delle pubbliche amministrazioni e nelle interazioni tra le stesse e gli amministrati¹⁵.

Anche in questo caso, peraltro, ciò che merita di essere sottolineato non è tanto, o comunque non solo, la circostanza per cui le amministrazioni pubbliche impieghino i mezzi e gli strumenti tecnologici, con tutti i riflessi che ne derivano anche sul piano organizzativo, né discutere dell'adeguatezza e degli strutturali ritardi del sistema amministrativo italiano rispetto alle sfide della digitalizzazione¹⁶; ciò che vale la pena richiamare, invece, è semplicemente il fatto che, rispetto alle esigenze di apertura e di rimodulazione dei rapporti amministrativi, anche ai fini di una maggiore conoscibilità e comprensibilità dell'*agere* amministrativo, le nuove tecnologie offrono luoghi e occasioni di incontro, confronto e persino scontro tanto innovativi quanto sostanzialmente differenti rispetto a tutti quelli astrattamente prefigurabili nel secolo scorso¹⁷; luoghi e occasioni, basti pensa-

¹⁵ Per un quadro generale, si legga R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020; B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 5 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Pre-determinazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; V. BRIGANTE, *Evolving Pathways of Administrative Decisions*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubb.*, 2019, 363 ss.; E. PICOZZA, *Intelligenza artificiale e diritto. Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.; M. FALCONE, "Big data" e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 601 ss. In precedenza, si cfr. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1989; G. DUNI (a cura di), *Dall'informatica amministrativa alla teleamministrazione*, Roma, Ist. Poligrafico dello Stato, 1992. Secondo il giudice amministrativo, del resto, «l'utilizzo nel procedimento amministrativo di una procedura informatica che attraverso un algoritmo conduca direttamente alla decisione finale deve ritenersi ammissibile, in via generale, nel nostro ordinamento, anche nell'attività amministrativa connotata da ambiti di discrezionalità, a condizione che siano osservati: a) la piena conoscibilità del modulo; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, cui competono tutte le responsabilità correlate; c) il carattere non discriminatorio dell'algoritmo utilizzato»: Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

¹⁶ Tanto più che, come ha ben evidenziato R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 773 ss., la pretesa neutralità dei sistemi informatici è un elemento che non può essere affermato e, come tale, assunto apoditticamente.

¹⁷ J.-B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 624 ss.

re ai *social media*, che come tali hanno dischiuso ulteriori forme e modalità di interazione tra le amministrazioni pubbliche e i cittadini, così concorrendo parzialmente a soddisfare quelle esigenze di cui per diverso tempo la partecipazione procedimentale era stata in qualche modo indotta, per quanto più meno surrettiziamente, a farsi carico¹⁸.

Non solo. Si considerino, in una prospettiva differente, anche i già menzionati tentativi di articolare spazi e opportunità di ordine partecipativo al di fuori dei percorsi procedimentali in senso stretto ovvero, per altro verso, attraverso la valorizzazione di circuiti partecipativi riconducibili agli itinerari della cittadinanza attiva o della collaborazione civica; in alcuni ambiti settoriali, come ad esempio quello dei processi pianificatori di governo del territorio, si è progressivamente assistito alla promozione e alla effettiva declinazione di formule e dinamiche partecipative, anche di natura sperimentale, che si collocano in una fase antecedente a quella del formale avvio del procedimento amministrativo¹⁹.

Alla *scena* partecipativa, così come normativamente delineata dalla legge sul procedimento, a distanza di più di trent'anni dalla relativa positivizzazione non sembra più essere riconosciuta, ancorché implicitamente e comunque spesso per assenza di alternative, una

¹⁸ Come ha osservato R. URSI, *La variante digitale della costruzione della decisione amministrativa*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021, 395, del resto, «L'ulteriore sviluppo tecnologico ha portato ad una diffusione di strumenti il cui utilizzo fisiologicamente altera il modello procedimentale tracciato dalla legge 241/1990 perché si basa su paradigmi diversi. L'articolo 41 del decreto legislativo n. 82/2005 prefigura la conversione progressiva del procedimento verso modelli decisionali e forme gestionali innovative, prevedendo la possibilità di utilizzare le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per assumere le decisioni. Non si tratta di una singola disposizione, o un istituto, ma delle fondamenta generali su cui è stato eretto l'edificio: in sostanza, le regole del gioco».

¹⁹ Nell'ambito dei processi di governo del territorio, ad esempio, si cfr. l'articolo 6 della legge regionale Toscana n. 65/2014 s.m.i. in forza del quale «Lo statuto del territorio, quale elemento fondativo e costitutivo per il governo del territorio, è formulato [...] mediante la partecipazione delle comunità interessate ai sensi dell'articolo 36». L'obiettivo, in particolare, sembra essere quello di costruire una «coscienza di luogo», come evidenziato da A. MAGNAGHI, *Il governo del territorio e le comunità locali*, in M. MORISI, C. PERRONE (a cura di), *Giochi di potere. Partecipazione, piani e politiche territoriali*, Torino, Giappichelli, 2013, 230 ss.

natura polarizzante, se non addirittura baricentrica, rispetto al perseguimento di una pluralità di esigenze che premevano per ricevere soddisfazione; così facendo, più che subire una sorta di ridimensionamento, l'opzione di fondo in sede ordinamentale parrebbe essere quella di ricondurre la partecipazione procedimentale al proprio alveo naturale, gradualmente liberandola anche dalle sovrastrutture o dalle superfetazioni, oltre che per l'appunto dalle stesse aspettative, che ne avevano informato i concreti sviluppi.

Invero, l'opzione di cui si è detto non sembra essere stata espressione di una scelta pienamente riconoscibile e, per ciò solo, consapevolmente assunta dall'ordinamento.

Si potrebbe ulteriormente argomentare, del resto, che l'azione di compressione o, meglio, di riconduzione della partecipazione procedimentale all'ambito d'elezione che le è primariamente proprio rifletta anche torsioni che si iscrivono in traiettorie più generali e, come tali, decisamente più complesse, come ad esempio quelle che investono l'amministrazione e il relativo agire procedimentale.

Il procedimento amministrativo, infatti, continua certamente ad assumere i contorni di forma fisiologica di esplicazione della funzione amministrativa²⁰; continua, in particolare, a svolgere «il compito – per così dire – di “superlegge” o di decisione di secondo grado, con funzione di soluzione di conflitti tra interessi collettivi, che, divenuti pubblici, si riproducono nell'amministrazione»²¹.

Il problema, però, è che l'ordinamento italiano si è andato via via caratterizzando per un utilizzo sempre più ampio e pervasivo, a tratti quasi ossessivo, della legge, registrandosi sia una sostituzione del legislatore all'amministrazione, in forza della quale si assiste all'esercizio della funzione amministrativa tramite la legislazione, sia il fenomeno della cosiddetta amministrativizzazione della legge²².

²⁰ Al riguardo, è ovviamente d'obbligo il riferimento a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, 118 ss. (ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, II, 1117 ss.).

²¹ Così S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, 308.

²² Per una ricostruzione e analisi del fenomeno, anche in chiave critica, si cfr. per tutti S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

Il che, anche a prescindere dalle questioni inerenti alla riserva di amministrazione o finanche di procedimento²⁵, non finisce solo per rincorrere o quanto meno riproporre ancora il mito di una amministrazione *senza* amministrazione, ma – più semplicemente – tra i molti effetti che ne derivano vi è anche quello della riduzione, quali-

²⁵ Sul problema della riserva di amministrazione, si legga G.U. RESCIGNO, *Variations sulle leggi provvedimento (o meglio, sulla legge al posto di provvedimento)*, in *Giur. cost.*, 2008, 3070 ss.; si v. anche la sentenza della Corte cost., 21 marzo 1989, n. 143, secondo cui «nessuna disposizione costituzionale o statutaria comporta una riserva agli organi amministrativi o esecutivi degli atti a contenuto particolare e concreto», essendo peraltro questa presunta riserva altresì «contraddetta da varie norme costituzionali, che, a fini di maggior tutela e garanzia dei diritti degli interessati, riservano il concreto provvedere ad autorità non amministrative e, in particolare, a quelle giudiziali». Sulla esistenza di una riserva di amministrazione, in quanto derivante dall'articolo 97 cost., si v. G. SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, cit., 291 ss.; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996. Di recente, peraltro, M. CAMMELLI, *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure e riforme*, cit., 25 ss., ha osservato che «il tema per lungo tempo è stato considerato impraticabile non solo per la mancanza di una base costituzionale utilizzabile ma anche (soprattutto?) perché a ben vedere l'esclusione della riserva di amministrazione rappresenta il corollario del più ampio "complesso del tiranno" che in Italia ha dominato l'intera area delle relazioni tra Parlamento ed Esecutivo dal dopoguerra ad oggi. Il che è tanto vero che i limiti alla ammissibilità delle leggi provvedimento, che ne rappresentano l'altra e più studiata faccia, sono stati individuati fin dal saggio di Mortati per altra via e su un diverso versante, quello cioè della lesione del diritto di difesa dei destinatari e dei terzi (artt. 24.1 e 113.1 cost.) e della riserva, questa sì presente e insuperabile, della funzione giurisdizionale (113.2 cost). Le cose però, con l'inizio del nuovo millennio, sono cambiate perché sia in sede europea che nella giurisprudenza della Corte costituzionale è progressivamente cambiato lo "statuto" costituzionale dell'attività amministrativa, da leggere oggi in un contesto completamente diverso che non lascia la discrezionalità amministrativa abbandonata a sé stessa e dunque alla possibilità di arbitrio»; ciò che «nel momento stesso in cui argina e governa il flusso dell'azione amministrativa rendendone riconoscibile (e controllabile) l'esercizio anche al di fuori di stringenti e capillari discipline legislative antecedenti, rileggendo insieme l'imparzialità dell'art. 97 anche come necessario bilanciamento degli interessi in gioco e dunque "riserva di amministrazione" già consolidata nei confronti della funzione giurisdizionale e buon andamento (nel quale è compreso il rispetto della legalità) come elementi "naturali" della amministrazione pubblica, pone appunto le premesse perché questa ordinaria autonomia della sfera amministrativa sia protetta e non venga violata». Sulla riserva di procedimento, sempre nel quadro dei rapporti fra legislazione e amministrazione, si v. G. MORBIDELLI, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *AA.VV., Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, Giuffrè, 1992, I, 676 ss.; di recente, si cfr. anche P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 94 ss.

tativa e quantitativa, delle occasioni procedimentali, tanto più che la mediazione e il contemperamento tra gli interessi sono organizzati, graduati e risolti direttamente *dalla e nella* legge²⁴.

E lo stesso vale, inevitabilmente, anche per le interazioni partecipative, rinvenendo semmai alcuni degli interessi o delle posizioni soggettive astrattamente interessate, quelli di regola più strutturati, forme, momenti e sedi di emersione e confronto negli stessi procedimenti legislativi, con tutto ciò che ne consegue innanzitutto per quanto concerne la consistenza che, anche ai fini della relativa tutela, ontologicamente assumono²⁵.

²⁴ «La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'articolo 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]: efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 cost.»: così la pronuncia Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 69. Al riguardo, peraltro, A. CARDONE, *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del "giusto procedimento di pianificazione"*, in *Le Regioni*, 2018, 744 ss., rileva una «tensione insita nella latente contraddizione esistente all'interno della giurisprudenza costituzionale tra l'affermazione della costituzionalità delle leggi-provvedimento per inesistenza di una riserva d'amministrazione e la ricostruzione del principio del "giusto procedimento" in termini serventi rispetto all'attuazione di più principi e norme costituzionali».

²⁵ In questa prospettiva, del resto, basti pensare proprio al regime delle leggi-provvedimento, a partire dalla circostanza per cui «gli effetti di una legge che contiene un precetto specifico e determinato possono essere rimossi solo dalla Corte costituzionale, quale giudice naturale delle leggi, sicché a fronte dell'assorbimento del disposto di un atto amministrativo in un provvedimento avente forma e valore di legge, resta preclusa al giudice ogni possibilità di sindacato diretto sull'atto impugnato dinanzi a sé, che si risolverebbe, diversamente opinando, in una sottrazione alla Corte costituzionale della sua esclusiva competenza nello scrutinio di legittimità degli atti aventi forza di legge» (Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2004, n. 1559). In generale, sull'astratta compatibilità delle leggi provvedimento con l'assetto dei poteri così come costituzionalmente definito, si cfr. Corte cost., 5 giugno 2019, n. 181; Id., 9 aprile 2013, n. 85; sull'esigenza che le leggi provvedimento siano sottoposte a un rigoroso vaglio di legittimità, si v. anche Corte cost., 25 gennaio 2012, n. 20. Nell'ambito della scienza giuridica, una delle prime definizioni della categoria delle leggi provvedimento si deve a F. CAMMEO, *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato di Diritto Amministrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1907, III, 94 ss.; fondamentale è stata comunque l'opera di C. MORTATI, *Le leggi provvedimen-*

Più in generale, ad ogni modo, non c'è dubbio come la partecipazione procedimentale e il relativo assetto normativamente dato, al pari delle corrispondenti finalità, si siano dovuti confrontare anche con l'affermazione sempre più forte del *risultato*, in particolare a seguito delle rilevanti modifiche apportate nel 2005 alla legge sul procedimento, nel quadro delle logiche sostanzialistiche o comunque efficientistiche che ne animano le manifestazioni in sede ordinamentale²⁶.

Si tratta di un confronto, e di una tensione immanente, tra l'esigenza di garantire la partecipazione e, al contempo, di assicurare il conseguimento del risultato di cui si rinvergono molteplici tracce negli itinerari evolutivi dell'ordinamento italiano; il problema è, infatti, innanzitutto quello di combinare «garanzia partecipativa e conseguimento del risultato (ovvero del provvedimento) o comunque dell'utilità al cui conseguimento il provvedimento è ordinato»²⁷.

to, Milano, Giuffrè, 1969; si legga anche A. FRANCO, *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 1056 ss.

²⁶ Sul concetto di amministrazione di risultato, oltre agli studi che saranno richiamati nel successivo § 2, si rimanda ai riferimenti bibliografici già indicati nella nt. 5 del § 1 dell'introduzione. A ben vedere, del resto, persino la stessa ridefinizione dei contorni della responsabilità erariale operata dall'art. 21, commi 1 e 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, conv. con modif. in legge 11 settembre 2020, n. 120, potrebbe essere riletta nel quadro dell'affermazione del risultato; per quanto la relativa *ratio legis* sia da ricercare nel tentativo di arginare il fenomeno della c.d. paura della firma o, meglio dell'amministrazione difensiva, resta il fatto che la scelta di circoscrivere il perimetro della responsabilità erariale, in particolare precisando i contorni del dolo e limitandone temporalmente l'applicazione ai casi di colpa grave, non sembra sfuggire ad una riconduzione anche nell'ambito di opzioni volte ad assicurare il raggiungimento dei risultati che l'ordinamento si attende dall'agire amministrativo; sull'amministrazione difensiva, si cfr. S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, 293 ss., secondo i quali questo fenomeno va concepito come il «rischio che il funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali e, in particolare, perdite a proprio carico», connesse al «collaudato sistema di controlli e sanzioni» proprio del «diritto amministrativo della legalità».

²⁷ Così G. PASTORI, *La legge n. 241 del 1990 vent'anni dopo*, in A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Vent'anni dopo*, cit., XIX.

Un problema, quindi, che si traduce nella ricerca di un punto di equilibrio tra istanze e traiettorie quanto meno dissonanti e, come tali, mutevoli nel tempo, che emergono anche nella stessa legge sul procedimento²⁸.

Come si è già evidenziato e come meglio si vedrà nel prosieguo, di tutto ciò, e dunque anche della difficoltà di comporre un bilanciamento suscettibile di conciliarne più o meno stabilmente le spinte divergenti, la disposizione di cui all'articolo 21-*octies*, comma 2, assume contorni certamente paradigmatici, anche alla luce delle modificazioni che l'hanno recentemente interessata²⁹.

Invero, dalla legge sul procedimento traspaiono anche ulteriori indici sintomatici del rilievo sempre più crescente riconosciuto alle logiche del risultato; ci si riferisce, ad esempio, all'articolo 16 in relazione all'attività consultiva e, al netto dei casi esclusi, all'emblematico comma 2, segnatamente alla luce della recente novella normativa³⁰;

²⁸ «La stessa topografia della legge che tratta distintamente partecipazione e semplificazione lo mostra»: in questi termini, ancora, G. PASTORI, *La legge n. 241 del 1990 vent'anni dopo*, in A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Vent'anni dopo*, cit., XVIII.

²⁹ Ci si riferisce alla già ricordata introduzione nel testo dell'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990 della previsione in forza della quale «La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*». Per M. DUGATO, *Principi eurounitari e legge 241/90 tra disallineamenti e resistenze*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, cit., 111 ss., peraltro, «da una prima disamina della norma, si continua a ritenere poco virtuosa l'eccessiva estensione dell'articolo 21-*octies*, né si comprende la deroga di fatto dell'ultimo periodo del comma secondo, che sembra formulata più per definire un'eccezione puntuale all'applicazione del secondo comma dell'articolo 21-*octies*, che per limitarne in generale l'operatività».

³⁰ Come noto, infatti, il comma 2 dell'articolo 16, è stato recentemente modificato dall'articolo 12, comma 1, lettera f), della legge 11 settembre 2020, n. 120, prevedendo così – a tutt'oggi – che «In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere. Salvo il caso di omessa richiesta del parere, il responsabile del procedimento non può essere chiamato a rispondere degli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione dei pareri di cui al presente comma». Sull'attività consultiva, si v. S. CASSESE, *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quad. cost.*, 2001, 5 ss.; si cfr. anche C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002; sulle differenti tipologie di parere, A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubb.* X, Torino, Utet, 1995, 601 ss.

ci si riferisce, però, anche all'articolo 17 sulle valutazioni tecniche e, sempre al netto dei casi esclusi, in particolare alla previsione secondo cui, laddove gli organi e gli enti preposti non provvedano o non rispondano, il responsabile del procedimento è chiamato a *sostituirli*, richiedendo le valutazioni tecniche «ad altri» soggetti pubblici³¹; più di recente, poi, tratti obiettivamente emblematici assume altresì quanto disposto dall'articolo 17-*bis*³².

E lo stesso sembra valere sia in relazione a una delle discipline più tormentate della legge sul procedimento, ovvero alla conferenza dei servizi di cui agli articoli 14 e seguenti³³, sia rivolgendo l'attenzione alle tempistiche procedimentali così come delineate dall'articolo 2 oltre che dalle previsioni, a partire dall'articolo 17-*bis*, già evocate in precedenza.

È pur vero, però, che la disposizione di cui l'articolo 21-*octies*, comma 2, continua a porsi, proprio in riferimento alle reciproche interazioni tra dinamiche partecipative e conseguimento del risultato, una valenza baricentrica, se non addirittura sistemica, nell'attuale scenario ordinamentale.

Prima di soffermarsi sui corrispondenti presupposti applicativi, però, è bene chiarire cosa deve intendersi per amministrazione di risultato o per risultati.

³¹ In generale, sulle valutazioni tecniche, si v. D. DE PRETIS, *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), cit., 676 ss.; si legga anche M. DELSIGNORE, *La valutazione tecnica ed i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 1121 ss.

³² Anche a prescindere dalle modifiche apportate dall'articolo 12, comma 1, lettera g), della legge n. 120/2020, del resto, basti considerare che il comma 3 dell'articolo 17-*bis* già prevedeva che, in relazione alla «acquisizione di assenti, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini», decorsi infruttuosamente i termini predefiniti, «senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito».

³³ In questo caso, infatti, il discorso da farsi sarebbe evidentemente più articolato, innanzitutto perché sulla disciplina della conferenza si sono scaricati una pluralità di nodi irrisolti del sistema amministrativo italiano, a partire dal tentativo di risolvere per questa via il problema della frammentazione del regime delle attribuzioni e delle competenze. Sulla conferenza dei servizi, si v. G. VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 581 ss.; per una lettura d'insieme circa le finalità perseguite dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, si v. anche B.G. MATARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 621 ss.

2. Amministrazione di risultato o per risultati

Risultato e amministrazione di risultato, ovvero per risultati, sono espressioni entrate a pieno titolo nel dibattito giuspubblicistico, italiano e non solo, almeno a partire dagli anni Novanta del Ventesimo secolo³⁴.

Si trattava, del resto, di una stagione in cui il tentativo di ripensare il sistema amministrativo italiano, di fronte alle vorticose trasformazioni politiche, sociali ed economiche di quel periodo, sembrava potersi ricollegare, ancorché non per tutti e comunque a certe condizioni, anche a una serie di istanze, variamente argomentate e declinate, convergenti verso l'introduzione nel corpo *vivo* delle amministrazioni pubbliche di forme organizzative e modalità di azione permeate dalle logiche dell'aziendalizzazione e della managerializzazione, oltre che dall'utilizzo degli strumenti del diritto privato, il tutto in un quadro complessivamente segnato da una rinnovata attenzione per il canone efficientistico e, dunque, per una sostanziale riscoperta della valenza non tanto precettiva, quanto soprattutto costitutiva del principio costituzionale del buon andamento ai sensi dell'articolo 97 cost.³⁵.

³⁴ Invero, come ricorda A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula amministrazione per risultati*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, cit., 815, la locuzione «amministrazioni per risultati» era stata introdotta, ancorché con una finalità essenzialmente descrittiva, negli anni Sessanta del Novecento da Massimo Severo Giannini, in contrapposizione a quella per atti; come segnalato da M.R. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M.R. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 15, poi, già l'articolo 19, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1972, n. 748, utilizzava l'espressione «risultati» in riferimento alla responsabilità dirigenziale.

³⁵ Sul principio del buon andamento, tra gli altri, si cfr. G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubb.*, VIII, Torino, Utet, 1993, 131 ss.; A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa*, in M.R. SPASIANO, D. CORLETTI, M. GOLA, D.-U. GALETTA, A. POLICE, C. CACCIAVILLANI (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, Giuffrè, 2012, 73 ss.; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 47 ss.

Tutte formule cioè che si iscrivevano, e continuano per certi versi a iscriversi, nell'alveo di itinerari di matrice più o meno efficientistica, anche relativamente agli assetti organizzativi ovvero a quelli inerenti al lavoro pubblico, secondo le teorizzazioni e le impostazioni del *new public management* o del *public value management*³⁶.

Era, del resto, la fase storica nella quale si dibatteva anche di una eventuale riduzione della sfera pubblica, in particolare rispetto alle oscillazioni del rapporto tra pubblico e privato³⁷; una riduzione, però, più presunta che reale, nella misura in cui se, per un verso, «lo Stato assume dimensioni più limitate, esso si espande, per altro verso, con l'istituzione di autorità indipendenti, introdotte per svolgere in forma autonoma compiti di regolazione o di aggiudicazione»³⁸.

³⁶ Si cfr. D. OSBORN, T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit Is Transforming the Public Sector*, Boston, Addison-Wesley, 1992; con specifico riguardo all'ordinamento della Gran Bretagna, invece, si v. R.A.W. RHODES, *Understanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, London, Open University Press, 1997, 93 ss.; C. HOOD, *The art of the State. Culture, Rhetoric, and Public Management*, Oxford, Oxford University Press, 1998. Come noto, a queste correnti di pensiero si ispirava il *Report of the National Performance Review* promosso dal vicepresidente degli Stati Uniti Al Gore, *From Red Tape to Results. Creating a Government that Works Better and Costs Less*, 7 settembre 1993.

³⁷ Si cfr. M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000.

³⁸ Così S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 393. Per M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 169 ss., del resto, «l'esperienza mostra infatti che i movimenti tra lo Stato che arretra e lo Stato che avanza non sono costanti per estensione e che ne è variabile la velocità, come accade all'asta di un metronomo, la cui oscillazione dipende dalla posizione del peso. Anche l'onda nel rapporto tra pubblico e privato è condizionata da un peso sull'asta, rappresentato dalla qualificazione degli interessi, dall'emersione di nuovi interessi e dal rilievo che essi assumono rispetto agli interessi esistenti. Se si conviene che, ai fini della valutazione della riduzione o della espansione del pubblico, si deve tenere conto non solo dell'intervento ma anche della regolazione pubblica, allora è innegabile che ogni nuovo interesse che sorge e che viene imputato alla collettività, determina un'espansione della sfera pubblica. Ne consegue che per affermare la generale riduzione di quest'ultima, ad ogni nuovo interesse pubblico deve corrispondere la morte di più di un vecchio interesse pubblico o il suo declassamento a interesse individuale o, quanto meno, la totale devoluzione della sua tutela alle dinamiche intersoggettive». Più in generale, sulle declinazioni della dicotomia pubblico-privato, si v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

Complici lo shock economico-finanziario del 2007 e poi l'esplosione nel corso del 2020 dell'evento pandemico indotto dalla diffusione del virus denominato Sars-CoV-2 (c.d. "Covid-19"), ad ogni modo, il sistema amministrativo è oggi alle prese con trasformazioni strutturali che, anche di fronte all'emersione di ulteriori interessi da soddisfare, appaiono prefigurare, per quanto probabilmente in forme e modalità parzialmente inedite rispetto al passato, ulteriori oscillazioni relativamente all'alternarsi dei cicli della pervasività pubblica³⁹.

Ciò che, per inciso, dovrebbe forse indurre anche a rifuggire dalle esemplificazioni, muovendo da una visione, per certi versi, più eclettica e realistica dello Stato, del ruolo delle amministrazioni pubbliche, nel senso per cui il *pubblico*, nella successione dei cicli, si manifesta in maniera differenziata e, per ciò solo, non è mai solo, o comunque esclusivamente, imprenditore, regolatore o salvatore e via aggettivando⁴⁰; ciò che muta, quindi, è essenzialmente l'intensità e l'estensione, oltre evidentemente alle forme e agli strumenti attraverso cui si esprime, di ciascuna delle relative manifestazioni nel corso del tempo⁴¹.

³⁹ Come insegna M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, 1, 49 ss., del resto, «quasi ogni attività umana trova una corrispondenza in una qualche pubblica amministrazione»; sulla relazione tra crescita degli interessi e crescita del «pubblico», si legga anche M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi*, Bologna, Il Mulino, 1980, 11 ss.

⁴⁰ Sulle diverse accezioni di «pubblico», si v. peraltro già O. RANELLETTI, *Il concetto di «pubblico» nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 327 ss.

⁴¹ «Le pubbliche amministrazioni svolgono molteplici funzioni: lungi da essere mere esecutrici delle norme e delle politiche pubbliche, promuovono e orientano i processi legislativi e concorrono alla elaborazione degli indirizzi politici e amministrativi; esercitano poteri di regolazione attraverso l'emanazione di atti normativi secondari (regolamenti, atti di programmazione e di pianificazione, elaborazione di standard e di criteri, ecc.); gestiscono procedimenti amministrativi ed emanano provvedimenti individuali necessari per la cura degli interessi pubblici in particolare sotto forma di autorizzazioni, concessioni, erogazione di contributi finanziari, sanzioni in caso di violazione delle discipline settoriali, ecc.; organizzano o erogano direttamente servizi essenziali ai cittadini (istruzione scolastica e universitaria, sanità, trasporti, ordine pubblico, provvidenze sociali, tutela del patrimonio artistico e culturale, ecc.); acquistano sul mercato beni, servizi, programmano e realizzano opere pubbliche (ospedali, aeroporti e altre infrastrutture) strumentali alle proprie attività o messe a disposizione dei cittadini e utenti»: così M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 159 ss.

Semmai, questi brevi cenni rendono oltre modo evidente la centralità del sistema amministrativo rispetto ai processi e alle traiettorie di sviluppo economico e, più in generale, di progresso civile, quale «punto di raccordo tra Stato e società», tanto più alla luce della «rivoluzione non solo tecnologica e scientifica, ma anche sociale» in corso⁴².

Ebbene, proprio tenendo conto dello scenario richiamato, ecco dunque spiegarsi il rilievo progressivamente riconosciuto al risultato amministrativo⁴³: una crescente rilevanza, invero, che era già stata pienamente colta negli anni Novanta del secolo scorso, intendendo-

⁴² «Al posto degli stabilimenti industriali vi sono le “*global value chains*”. Alla catena di montaggio lavorano robot. L’intelligenza artificiale sostituisce quella naturale. Figure professionali tradizionali scompaiono e ne appaiono di nuove. Agli scienziati è richiesto di uscire dalle loro torri d’avorio perché il progresso attraversa le barriere disciplinari. Alle amministrazioni pubbliche è richiesto di non restare estranee da questo processo, anzi di farsene protagoniste, sia perché su di esse gravano i maggiori compiti dello Stato moderno, sia perché sono sempre più frequenti i vuoti lasciati dal corpo politico»: S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 141 ss.

⁴³ Per A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 552 ss., tutto ciò è innanzitutto da iscriversi in un contesto in cui «la presa d’atto della relatività dei fattori incidenti sul processo decisionale – ossia, come noto, il moltiplicarsi dei compiti dello Stato e la sua significativa ingerenza in un’economia oggi “globalizzata”, l’abbandono di una prospettiva individualistica e l’affermarsi di una dimensione sociale che porta al riconoscimento, accanto ai diritti civili e politici, dei diritti sociali e, dunque, ad una più pregnante configurazione dei rapporti tra amministrazione e cittadini – hanno comportato il superamento dell’ideologia liberale, mettendo in discussione la costruzione weberiana basata sulla prevedibilità e sull’efficienza dell’apparato burocratico insita nella razionalità di un’organizzazione formale». Sulle correnti realiste nel pensiero giuridico italiano, oltre all’interessante lettura dell’opera vichiana effettuata da M. D’ALBERTI, *Vico, il metodo giuridico e il diritto dell’età globale*, in E.M. MARENGHI (a cura di), *Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, cit., 47 ss., si v. P. GROSSI, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006; ID., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), ed. riv. a cura di P. Piovani, Milano, 1962, spec. 181; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, spec. 343 ss.; anche muovendo da prospettive ispirate al formalismo giuridico, però, sulla necessità di una “norma causale”, si cfr. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965; ID., *Fatto giuridico*, ivi, XVI, Milano, Giuffrè, 1967; in generale, si legga anche N. BOBBIO, *La natura delle cose nella dottrina italiana*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1965, 225 ss.

la come «l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa», al punto «da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione»⁴⁴.

Complice innanzitutto l'affermazione delle correnti realiste anche nel pensiero giuridico italiano, si è conseguentemente assistito, come è stato acutamente evidenziato, «al passaggio da una legalità “esecutiva” ad una legalità “teleologica”, orientata al fine dell'agire giustamente – ovvero secondo il buon andamento e l'imparzialità – e, dunque, da un'idea di decisione amministrativa come interamente predeterminata dalla legge ad un'idea di decisione amministrativa forgiata sullo scopo di interesse pubblico, non predeterminato, cui deve essere rivolta»⁴⁵.

Se così è, però, il problema diviene allora essenzialmente di verificare, almeno in una prospettiva giuridicamente orientata, se la nozione di risultato sia conciliabile «con le esigenze epistemiche (ed operative) connesse alla qualificazione di un provvedimento come valido (o invalido)»: «l'assunzione del “risultato previsto” a parametro di commisurazione della validità dell'atto amministrativo», infat-

⁴⁴ Così F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg., VI, Milano, Giuffrè, 2002, 10. In relazione a questa formula, però, è bene anche rammentare quanto sottolineato da S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?*, cit., 941, secondo cui «non tutte vanno intese come formule scientifiche (sintesi di concetti) o pratiche (guida o criteri di azione). Alcune di esse sono formule che possiamo definire ottative o finalistiche: indicano un obiettivo, non possono rappresentare una sintesi, né prescrivere, perché non ne hanno la forza [...]. Sarà bene, dunque, per il futuro, stare attenti alle formule: possono incantare, ma anche portare sulla strada sbagliata».

⁴⁵ «A tale stregua, pertanto, la legittimità della decisione – e, dunque la legittimazione dell'amministrazione – non deriva più dalla corrispondenza formale di essa al predefinito tipo legislativo sul presupposto che tale corrispondenza sia garanzia di risultato, ma trova il proprio fondamento nella realizzazione del fine di interesse pubblico, nell'agire bene nella concreta vicenda amministrativa che vale, negli sviluppi che ne sono conseguiti, a contrassegnare la c.d. amministrazione di risultato, quell'amministrazione che, da un lato, ha segnato la definitiva consacrazione dello spostamento dell'accento dall'atto all'attività, dal provvedimento al procedimento, dalla decisione come applicazione sillogistica della norma all'*iter* formativo della stessa, dall'altro ha assunto la dimensione dell'efficienza quale connotato necessario di un moderno sistema di risultati ed obiettivo dell'azione amministrativa»: così A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, cit., 554 ss.

ti, è operazione, «ancorché logicamente ammissibile, assolutamente “scomoda”»⁴⁶.

In termini generali, del resto, per risultato può intendersi «qualsiasi evento rispetto al quale l'azione considerata si pone in una relazione causale», ovvero «qualsiasi effetto che sia ricollegabile ad essa»⁴⁷; accedendo a una tanto ampia e generica ricostruzione dei relativi contorni concettuali, tuttavia, il rischio è evidentemente quello di introdurre e traslare nel relativo perimetro concettuale e applicativo, e dunque anche ai fini della teoria del provvedimento, un criterio di valutazione che, recepito come «risultato non ancora attuale, appartiene al mondo dei fenomeni possibili, e può esser definito solo in via congetturale»⁴⁸.

Così facendo, però, la nozione di risultato sconta almeno due ordini di criticità: in primo luogo, infatti, finisce per fondare la valutazione giuridica della decisione anche su parametri sostanziali; in secondo luogo, poi, comporta una estensione dell'indeterminatezza del parametro stesso, a fronte della «stessa collocazione temporale del “risultato” nel futuro, per definizione inconoscibile»⁴⁹.

Da qui i tanti dubbi e le molteplici obiezioni avanzate in relazione all'utilizzo del termine, segnatamente in seguito all'introduzione

⁴⁶ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., rispettivamente, 2 e 3.

⁴⁷ Ancora, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 2, secondo cui «tale effetto, peraltro, si vuole dai fautori dell'amministrazione “di risultato” non si verifichi solo sul piano della causalità giuridica, ma su quello della causalità fisica o materiale, sicché il risultato in quanto tale [...] non appartiene giuridicamente al contesto degli atti, bensì a quello dei fatti giuridici (e questo anche quando si sostanzia in un comportamento umano, cosciente e volontario, che ove venga considerato quale “risultato”, si configura quale fatto giuridico, secondo il ben noto schema digressivo dell'atto a fatto descritto da Calamandrei)».

⁴⁸ Sempre A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 3.

⁴⁹ In questo senso, A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 3. Sulla decisione amministrativa, però, si cfr. i contributi raccolti nel recente volume R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

dell'articolo 21-*octies* nel *corpus* della legge sul procedimento, anche cagione dell'eventualità che l'amministrazione di risultato finisse «con l'essere immaginata come l'amministrazione liberata dal rispetto formale delle regole»⁵⁰.

Dubbi e perplessità che hanno reso per l'appunto necessaria una sorta di *actio finium regundorum*; una operazione che, anche per chi scrive, non può che muovere dal preliminare riconoscimento che «l'amministrazione non è un *a priori*, ma è lo strumento per raggiungere l'obiettivo voluto dalla legge», nel senso per cui «la legge usa l'amministrazione come mezzo per pervenire allo scopo previsto»⁵¹.

Se così è, però, ecco allora che per risultato non può che intendersi – e, come tale, va innanzitutto inquadrato – il fine che all'amministrazione viene assegnato dalla legge e che dunque l'amministrazione deve primariamente perseguire, giustificandone la stessa esistenza, non potendo invece coincidere «con un risultato prescelto dalla stessa amministrazione»: se l'amministrazione potesse determinare liberamente il risultato da raggiungere, infatti, si assisterebbe «alla frattura del principio di funzionalizzazione e quindi del principio di legalità», conducendo «alla sostanziale eliminazione dell'invalidità», in quanto, per preservare il proprio operato, «all'amministrazione sarebbe sufficiente "falsificare" la coincidenza fra il risultato portato nel processo e quello perseguito nella vicenda procedimentale»⁵².

Che, d'altronde, il risultato non possa che corrispondere ai fini «determinati dalla legge» è attestato anche da un incontrovertibile

⁵⁰ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 44.

⁵¹ «Così correttamente inteso il rapporto fra legge e amministrazione, si comprende che la prima non è un mero vincolo formale, ma è la sostanza stessa del diritto amministrativo perché rappresenta la ragione di esistenza dell'intera azione amministrativa»: ecco allora che «amministrazione di legittimità e amministrazione di risultato non sono quindi due elementi fra loro in contraddizione, perché il risultato dell'amministrazione, oltre che giustificazione intrinseca della sua esistenza, è voluto dalla legge e, per raggiungerlo, la legge pone regole che sono spesse volte poste a garanzia di diritti (o, più comunemente, interessi) che hanno rilievo e che partecipano alla graduazione del risultato legale»: ancora, M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 44-45.

⁵² In questi termini, M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 46.

dato positivo, ovvero da quanto espressamente disposto dall'articolo 1 della legge n. 241/1990⁵³.

Il risultato, in altri termini, non è «qualcosa che si colloca al di fuori della norma e dunque del principio di legalità», concorrendo semmai ad arricchirlo attribuendogli «un significato più precipuo, maggiormente coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi in vista della quale trovano legittimazione i diversi centri di potere pubblico»⁵⁴.

Certo, dell'espressione amministrazione di risultato possono continuare ad essere date ulteriori declinazioni; può, ad esempio, essere senz'altro concepita anche come «responsabilità del conseguimento dei risultati e dunque [...] possibilità di adattare le modalità e i contenuti della propria azione alle esigenze, inevitabilmente differenziate, espresse dalla collettività e dai diversi contesti socio-economici e territoriali»⁵⁵.

Resta comunque il fatto che, anche ai fini dell'indagine, qualsivoglia concezione di risultato non pare poter prescindere dalla relativa riconduzione nell'alveo dei fini che la legge assegna all'amministrazione; «la piena erezione» del «risultato» quale criterio di valutazione dell'azione amministrativa è così ammissibile, già sul piano teorico, solamente mediante «la relativa predeterminazione»: perché è proprio la predeterminazione che «crea una aspettativa di risultato

⁵³ Si cfr. Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2013, n. 2484.

⁵⁴ «In altri termini, il risultato è la capacità degli enti di soddisfare le esigenze in vista della cui tutela essi sono stati istituiti: insomma è una forma di espressione del buon andamento di cui all'art. 97 cost.»: così M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *ius-publicum.com* 2011, 28, secondo cui inoltre «L'importanza assegnata dall'ordinamento al risultato amministrativo e la sua sussunzione nell'ambito della legalità determina l'estensione del raffronto norma-atto, al rapporto norma-atto-risultato, quest'ultimo inteso evidentemente non in termini economici, ma giuridici secondo il significato innanzi delineato. Il risultato amministrativo, infatti, lungi dal consistere nella necessaria soddisfazione materiale della pretesa del cittadino, si realizza piuttosto nella necessaria presa in considerazione dei suoi interessi giuridici e delle sue istanze, nonché nella soddisfazione delle sue pretese in termini di adeguatezza della risposta (non necessariamente positiva), in quanto è in essa che – fra l'altro – si collocano le giuste esigenze di certezza del diritto».

⁵⁵ In questo senso, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Annuario AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2002, 107 ss.

giuridicamente rilevante» ed è, ancora, questa che talora consente di trasporre «dal merito alla legittimità le tecniche di valutazione “secondo risultato” del provvedimento amministrativo»⁵⁶.

Il concetto di amministrazione che la scienza giuridica ha variamente denominato di risultato, di risultati, per risultati, quindi, appare così contraddistinto «dal dovere di conseguire – celermente, con uso diligente e accurato delle risorse, con piena conoscenza dei fatti e del contesto e con trasparenza – risultati concreti tecnicamente validi, corrispondenti ai fini determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dagli organi di governo della stessa amministrazione»⁵⁷.

Ciò detto, però, è bene sottolineare tre aspetti.

Il primo riguarda l'effettiva *consistenza*, per così dire, del concetto di predeterminazione nell'ordinamento italiano.

Il problema, infatti, investe la circostanza per cui, come noto, tendenzialmente la legge, o comunque la *règle de droit*, non individua puntualmente le finalità che l'amministrazione deve perseguire, limitandosi molto spesso a indicazioni generiche se non addirittura vaghe e indeterminate circa l'interesse pubblico primario da corrispondere⁵⁸; viene così essenzialmente rimesso al procedimento am-

⁵⁶ «Il provvedimento amministrativo è suscettibile di essere qualificato in termini di validità-legittimità (ed essere pertanto sottoposto al relativo sindacato del giudice amministrativo) anche per quanto riguarda la sua congruenza rispetto ad un risultato predefinito (e che esse non concorre a definire) e questo tanto sul piano teorico ed astratto, che su quello dei valori costituzionali dell'ordinamento storico»: così A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 9 ss.

⁵⁷ Così L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 437.

⁵⁸ «Quando sono riferiti alla pubblica amministrazione i fini stabiliti dalla legge sono definiti in termini di interesse pubblico. Ne offre un esempio ancora una volta la Costituzione quando dice che la proprietà privata può essere espropriata per motivi di interesse generale (non quindi al solo scopo di incrementare la proprietà pubblica, art. 42, commi 3 e 1) o quando richiama l'utilità sociale con la quale non può porsi in contrasto l'iniziativa economica privata (art. 41, comma 2), o menziona l'utilità generale che legittima, in presenza di particolari presupposti, la nazionalizzazione o la riserva originaria di imprese (art. 43)»: così G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 2017, 40; sul principio di legalità, si v. anche D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2007, 419 ss.

ministrativo il compito di presiedere alla progressiva emersione e alla conseguente identificazione dell'interesse pubblico in concreto che l'amministrazione è chiamata a soddisfare in relazione alla singola fattispecie procedimentale e, dunque, in riferimento alla singola occasione di esercizio del potere.

In questo senso, quindi, l'orizzonte del risultato, a cui dovrebbero adattarsi i comportamenti amministrativi, anche in relazione all'attività provvedimentale, «è organicamente congrua e possibile nell'ambito dell'attuale articolazione del processo decisionale amministrativo» essenzialmente attraverso la relativa predeterminazione, «ossia nella formalizzazione normativa, necessariamente concreta e non astratta, del risultato atteso» dalla medesima amministrazione precedente⁵⁹.

Un concetto di risultato, quindi, da intendere propriamente anche come «esito provvedimentale di un procedimento amministrativo»⁶⁰;

⁵⁹ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 8 ss., secondo cui «la progressiva formalizzazione del processo decisionale amministrativo ha portato infatti ad una sua articolazione abbastanza netta, in cui la predeterminazione del "risultato sperato" dell'azione si concentra all'intero di appositi procedimenti (o *sub* procedimenti) che, se non hanno sempre sostanza pianificatoria, hanno però in ogni caso valore di strumenti progettuali»; è, poi, soprattutto la «fondamentale scissione tra politica e amministrazione (e quindi tra attività di indirizzo ed attività di gestione), sia pure tuttora in larga misura promessa e non attuata, a favorire la concentrazione nell'attività di indirizzo, e negli atti amministrativi in cui essa s'estrinseca, della predeterminazione del "risultato" verso cui deve tendere l'azione amministrativa».

⁶⁰ Così A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 2003, 768 ss., secondo cui «con riferimento a tale accezione di risultato, il legislatore si è preoccupato in particolare di assicurarne la celerità e la efficacia, anche qui a discapito di procedure e formalità ritenute inessenziali. Si pensi, oltre al generale obbligo di non aggravamento del procedimento amministrativo, alle norme sulla semplificazione o agli istituti che assicurano la concentrazione dei processi decisionali o a quelli che prevedono forme di auto-amministrazione». E, tutte queste disposizioni normative sull'attività amministrativa, «come (ed ancor più di) quelle sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni», hanno «consentito di attribuire giuridica rilevanza, se non una vera e propria preferenza, al conseguimento del risultato», concorrendo «a spostare il baricentro dell'attenzione (anche del giudice amministrativo) sul conseguimento del risultato: il concreto ed auspicabilmente celere provvedimento amministrativo, rispetto alla regolarità delle forme e delle procedure che lo schema legale impone per l'emanazione del provvedimento medesimo».

come esito, cioè, del «graduale processo di formazione della regola del caso singolo», sul presupposto per cui «l'interesse pubblico non va configurato come un limite interno dell'azione amministrativa, ma come una guida di valore nella scelta discrezionale» e che, come tale, è pubblico «proprio in quanto rientra nella previsione normativa»⁶¹.

Il secondo, invece, concerne l'*humus* dal quale la teorica del risultato trae la propria linfa vitale in corrispondenza delle più generali traiettorie efficientistiche che, come si è anticipato, ormai da diverso tempo permeano l'ordinamento italiano⁶².

Si tratta di itinerari complessi che certamente non si risolvono esclusivamente nella dimensione provvedimentale, investendo una molteplicità di profili qualificanti del sistema amministrativo; l'orizzonte teleologico entro cui si iscrive la questione del risultato, ad ogni modo, ha «indotto a ritenere che, diventando la celerità misura

⁶¹ Al riguardo, si cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., rispettivamente, 79 e 131 e ss., per il quale «se la funzione del procedimento è quella di fissare le premesse della decisione e se tali premesse dipendono dalla sintesi di proposizioni empiriche, di proposizioni di ordine giuridico e di proposizioni di valore, la funzione di quella che si è definita come predeterminazione consiste nella esternazione, nella esplicitazione di queste premesse e delle proposizioni di valore, nel momento stesso in cui vengono formulate» (79). Sulla formazione della decisione amministrativa, si cfr. anche M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996; A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*, Bari, Laterza, 2010; nonché M.S. GIANNINI, *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, I, 153 ss.; ID., *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, I, 316 ss.; ID., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, 170 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Noviss. Dig. It.*, V, 1957, 268 ss.; M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 813 ss.; G. AMATO, *Burocrazia e processi decisionali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1975, 488 ss.; F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, 1 ss.

⁶² Indipendentemente dalla prospettiva prescelta rispetto all'inquadramento del concetto di risultato, del resto, è necessario sempre tener conto delle riflessioni di S. PERONGINI, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., spec. 49 ss., secondo il quale «il conseguimento del risultato presuppone un'attività amministrativa finalizzata a un tale obiettivo», ovvero essenzialmente «un'attività amministrativa per programmi».

dell'efficienza, ciò che rileva non è solo decidere, ma decidere presto e bene»⁶³.

Si è così assistito a un primo elemento di trasformazione del contesto decisionale le cui cause si possono evidentemente far risalire anche all'influenza europea: «la dimensione dell'efficienza quale connotato necessario di un moderno sistema dei risultati», infatti, può dirsi come «la naturale conseguenza di una scelta etero-diretta dall'ordinamento europeo, nell'ambito del quale il principio di buona amministrazione è venuto a connotarsi anche per gli aspetti relativi all'efficienza»⁶⁴; una trasformazione che, anche nel quadro delle manifestazioni implementative dell'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali, involge la stessa qualità della decisione amministrativa, così incidendo sullo stesso rilievo, oggettivo e soggettivo, della nozione di risultato.

Sul piano oggettivo, infatti, la nozione di risultato «si apprezza in ragione della sua finalizzazione al generale interesse della collettività cui l'amministrazione deve tendere» e, al contempo, su quello soggettivo «nella misura in cui si rapporta al particolare interesse del destinatario nei confronti di una decisione che lo concerne e che, per essere buona, deve essere imparziale, equa e celere»⁶⁵.

Basti pensare, in questa prospettiva, al rilievo che assume il fattore temporale «nella misura in cui il tempo è una risorsa, o forse la principale risorsa, che non può esser dissipata, né in considerazione dell'interesse particolare del destinatario, né, in un'otti-

⁶³ «L'ottimizzazione del tempo della decisione consente di ottimizzare i costi della stessa e, dunque, secondo un principio economico-aziendale, di conseguire il maggiore rendimento possibile in rapporto ad un previsto effetto»: A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, cit., 556 ss.

⁶⁴ In questo senso, A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, cit., 556 ss., secondo cui «la bontà della decisione amministrativa si apprezza, così, che, nel delineare il diritto del cittadino ad una buona amministrazione, ne scorge le premesse nel *due process of law*, nell'obbligo di motivazione, nella certezza dei tempi della decisione, nella trasparenza e pubblicità, nel divieto di arrecare ingiusto pregiudizio, ossia in un insieme di garanzie che le amministrazioni, nella gestione della nuova complessità, devono assicurare».

⁶⁵ Ancora, A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, cit., 558 ss.

ca generale, in ragione del corretto e funzionale utilizzo dei mezzi produttivi»⁶⁶.

Anche alla luce della progressiva giuridificazione del criterio efficientistico, ecco quindi che, pur con le precisazioni e le cautele evidenziate, il risultato diviene allora «parte integrante della legalità», volgendo così l'ordinamento verso «un nuovo sistema di legittimità» di cui il risultato stesso finisce per divenire componente immanente⁶⁷.

Tracce evidenti di questo itinerario, del resto, emergono chiaramente anche nella giurisprudenza amministrativa, in particolare in quegli arresti nei quali l'efficienza, al pari degli altri criteri di efficacia ed economicità, viene espressamente riconosciuta non come «un mero ed enfatico richiamo al principio di legalità e di buona amministrazione contenuti nell'art. 97 cost.», né come «un vincolo ad un generale dovere (quale quello del perseguimento del pubblico interesse affidato al singolo organo amministrativo, la cui concreta applicazione dà luogo ad esercizio della discrezionalità amministrativa), bensì una regola giuridica vera e propria»⁶⁸.

Il terzo aspetto da precisare, infine, ha a che fare con il differente atteggiarsi della nozione di risultato rispetto alla natura dell'attività e dei poteri esercitati.

Per quanto sia predicabile anche in relazione all'attività vincolata, ad esempio, di «un autonomo profilo amministrativo di risultato si può parlare solo a condizione che quest'ultimo, appunto, sia affidato in misura variabile (ma pur sempre significativa) all'attività discrezionale dell'amministrazione e che di conseguenza la legge non si spinga fino al punto da eliminare questo spazio»⁶⁹.

⁶⁶ Così R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, cit., 345, il quale osserva che «tutta la disciplina intesa ad introdurre metodi di semplificazione risulta interamente finalizzata a valorizzare il fattore tempo e ad ottimizzare i momenti istruttori delle decisioni. In questo senso, la giuridificazione dell'efficienza si traduce nella responsabilità verso l'esterno derivante dal mancato rispetto dei tempi procedurali». In generale, per una interessante disamina del criterio dell'efficienza alla luce degli strumenti dell'analisi economica del diritto, si v. anche D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2018.

⁶⁷ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 30.

⁶⁸ Corte cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7024.

⁶⁹ M. CAMMELLI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*,

Nel caso dell'attività vincolata, sempre ammesso che sia concretamente prefigurabile, il risultato è infatti pienamente iscritto e, come tale, ricavabile direttamente, o comunque senza particolari intermediazioni, dalla norma attributiva del potere funzionale, come attestato sia dal già richiamato primo periodo del secondo comma dell'articolo 21-*octies* sia anche da importanti disposizioni di rango processuale⁷⁰.

È dunque nell'ambito delle attività segnate dall'esercizio dei poteri discrezionali che la teorica del risultato dovrebbe rinvenire il proprio terreno privilegiato di elezione, quanto meno perché in questi casi l'amministrazione procedente dispone di un margine di apprezzamento suscettibile di poter essere progressivamente orientato

cit., 305, il quale richiama anche una serie di "orientamenti legislativi e amministrativi" che non appaiono «troppo sensibili alla amministrazione di risultato e alle sue tematiche»: «il primo è la "legge di risultato" che sostituisce direttamente l'amministrazione», non trattandosi solo delle tradizionali leggi provvedimento, ma più in generale, di ogni disciplina che sostituisce all'apprezzamento della amministrazione l'automatismo assicurato dalla sequenza presupposti-effetti giuridici conseguenti»; il secondo «si ha quando la legge, diversamente dal caso precedente, non si sostituisce all'amministrazione ma incide su quest'ultima alterandone elementi essenziali dell'organizzazione o dell'attività»; la terza, infine, che investe il «ruolo e lo statuto della dirigenza», a fronte della relativa essenzialità «per l'apprezzamento dei risultati e il regime della amministrazione che dal risultato è specificatamente contrassegnata».

⁷⁰ Sulla tesi della inconfigurabilità in concreto degli atti vincolati, muovendo dall'idea per cui le circostanze di fatto richiedono comunque apprezzamenti valutativi, si v. D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, cit., 389, anche se lo stesso A. precisa come nella realtà vi siano situazioni nelle quali non viene in rilievo l'esercizio di un potere discrezionale. Osserva M.R. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il Processo*, 2020, 1 ss. che «il giudizio sull'atto vincolato, che può consentire l'annullamento dello stesso, debba riguardare i soli vizi sostanziali, e dunque più in generale debba guardare alla sostanza del rapporto amministrativo, sino alla verifica della "fondatezza della pretesa" del privato, con esclusione della rilevanza, ai fini dell'annullamento dell'atto, dei vizi di forma e di procedura»; infatti, «stando alla lettera dell'art. 21-*octies*, si dovrebbe trattare di un sindacato sui vizi di forma, che può comportare la "non annullabilità" dell'atto, mentre altra indicazione si coglie nel contenuto dell'art. 31, comma 3, e dell'art. 34, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo, che attribuisce al giudice amministrativo il potere di pronunciarsi sulla "fondatezza della pretesa" solo in caso di attività vincolata, ovvero «quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

e, come tale, successivamente vagliato attraverso le tecniche di valutazione *secondo risultato* di cui si è detto⁷¹.

Così ricostruito in termini più generali il concetto di risultato, quanto meno ai più limitati fini dell'indagine, occorre a questo punto soffermarsi sulla disposizione normativa che attesterebbe «la vittoria dell'amministrazione di risultato sull'amministrazione di pura legalità», segnatamente per quanto concerne il rapporto con il paradigma partecipativo nel procedimento amministrativo, e cioè la previsione di cui al comma 2 dell'articolo 21-*octies* della legge n. 241/1990⁷².

3. *Vizi formali o non invalidanti nell'applicazione evolutiva dell'articolo 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241*

Nel 2005, con l'introduzione del «famigerato» secondo comma dell'articolo 21-*octies* nel testo della legge n. 241/1990 si sarebbe giunti per alcuni alla «decostruzione» della legge sul procedimento, nel senso di assistersi ad una «netta cesura di essa rispetto alla sua *ratio originaria*»⁷³.

⁷¹ Anche se, per A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., 9, «la considerazione dell'azione in termini di risultato è piuttosto traducibile come valutazione appartenente alla discrezionalità (o pseudo-discrezionalità) tecnica, con le ovvie conseguenze in termini di sindacabilità da parte del giudice amministrativo»; secondo l'a., infatti, «i momenti di intensa politicità, che escludono la possibilità di surrogazione (ovvero di sindacato diretto) da parte del giudice amministrativo, si concentrano invece elettivamente sulle operazioni di predeterminazione del risultato, ossia nella definizione programmatica di quanto l'azione amministrativa deve raggiungere».

⁷² M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 44.

⁷³ In questo senso, si cfr. G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.; con specifico riferimento alla dimensione provvedimentale, si legga M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, ivi, 2010, in part. 471; più in generale, sulle tendenze «destrutturanti» nella giurisprudenza amministrativa, si v. G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015. Sempre con riguardo al regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo, d'altronde, che la legge n. 15/2005 abbia rappresentato un passaggio particolarmente rilevante, al netto dei giudizi successivamente formulati a tal proposito, è plasticamente dimostrato anche dall'introduzione dell'articolo

Una previsione, quindi, idonea secondo alcune linee di pensiero ad integrare gli estremi, almeno in via tendenziale, di un vero e proprio cambio di paradigma in sede ordinamentale⁷⁴.

Invero, prima di procedere oltre due precisazioni si impongono.

In primo luogo, infatti, è bene sottolineare, come è stato anche di recente evidenziato, che «la portata destrutturante» di questa disposizione non solo «non viene certo dal nulla, recependo per alcuni versi istanze deformalizzanti già da tempo emerse nella giurisprudenza», ma soprattutto «non appare univoca, accompagnandosi a linee esegetiche, e pratiche giurisprudenziali, che si mantengono fedeli all'impostazione originaria»⁷⁵.

In secondo luogo, poi, è appena il caso di rammentare che il secondo comma dell'articolo 21-*octies* contiene, e disciplina, almeno due proposizioni normative: «la prima è generale e riguarda il caso in cui l'attività amministrativa sia vincolata e l'amministrazione abbia violato una disposizione che contempla un requisito formale o procedimentale; la seconda ha carattere particolare e riguarda il caso in cui sia violata la disposizione che contempla il requisito procedimentale della comunicazione di avvio del procedimento», precisando che «tale ultima fattispecie si applica in presenza di attività sia vincolata che discrezionale (e anche quando si tratta di una valutazione di discrezionalità tecnica)»⁷⁶.

21-*septies* e, di conseguenza, dalla problematica “codificazione” della categoria della nullità del provvedimento amministrativo, su cui si v., tra gli altri, gli studi di C.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 43 ss.; V. SESSA, *Le nullità sopravvenute del provvedimento amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; G. MORBIDELLI, *Della “triplice” forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 2015, 662 ss.; N. PAGLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 855 ss.; prima del 2005, però, si cfr. M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁷⁴ Per una ricostruzione dei principali problemi e delle differenti linee interpretative, si v. da ultimo il contributo monografico di P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015, *passim*.

⁷⁵ G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit., 1241.

⁷⁶ In questi termini, Cons. St., sez. V, 22 marzo 2017, n. 1310; si legga anche la sentenza del Cons. St., sez. II, 4 giugno 2020, n. 3537, laddove sottolinea come «non si tratta, evidentemente, di modalità contrapposte di conformazione dell'at-

Ciò detto, però, non può sottacersi come siano numerosi le questioni che questa disposizione ha imposto, e impone, di affrontare.

Tra queste, non può non richiamarsi innanzitutto il problema relativo allo *status* dell'atto annullabile: se, cioè, tale atto sia legittimo o comunque illegittimo.

La tesi della illegittimità è stata autorevolmente sostenuta, muovendo anche dalla considerazione per cui l'articolo 21-*nonies* facesse comunque salva la possibilità per l'amministrazione di annullare l'atto adottato ai sensi del comma 2 dell'articolo 21-*octies*; se ne deduceva così la natura essenzialmente processuale, paventandone addirittura l'incostituzionalità, in quanto altrimenti si sarebbe contraddetto il principio in forza del quale non possono essere previste categorie di atti illegittimi avverso ai quali non vi è possibilità di reazione⁷⁷.

Proprio la valorizzazione del risultato quale parte integrante della legittimità, nella misura in cui la disposizione in questione stabilisce la non annullabilità degli atti che abbiano comunque raggiunto il risultato voluto dalla legge, ha invece indotto ad affermare la legittimità dell'atto⁷⁸.

to del quale si è chiesta la caducazione, in ossequio a condivisibili esigenze di efficacia ed economia procedimentale. Il richiamo, cioè, all'omessa comunicazione di avvio del procedimento non costituisce una "specializzazione" alternativa, anche di disciplina, della più generica e generale "violazione di norme sul procedimento", di cui al periodo precedente del comma in esame: esso ha inteso casomai estendere il principio di conservazione degli atti, pur se discrezionali, per economia generale, laddove in sede processuale si sia sostanzialmente rimediato a quello strappo alle regole partecipative che pure costituiscono un caposaldo della disciplina del procedimento amministrativo. Una volta, cioè, che l'Amministrazione sia stata costretta a confutare addirittura in giudizio la potenziale incidenza delle ragioni dell'interessato, non può non trovare comunque applicazione il principio riassunto nel noto brocardo *utile per inutile non vitiatur*.

⁷⁷ In questo senso, G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, Padova, Cedam, 2007, II, 11 ss.

⁷⁸ Così M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 50, secondo cui «l'evoluzione dei contorni e dei confini dell'invalidità non è indotta da norme mal scritte o di cui non sono chiari gli effetti e neppure da una giurisprudenza irrispettosa dei principi dell'ordinamento», quanto piuttosto «il prodotto di una scelta politica consapevole di cui i giudici sono i custodi rispettosi e dalla quale traggono la consapevolezza della "cognizione piena del rapporto e della discrezionalità tecnica"»; un esito che, per l'a., «forse ci sarebbe dovuto apparire inevitabile fin dall'origine dell'ammissibilità stessa del sindacato giurisdizionale

Una lettura interpretativa da cui si ricava conseguentemente l'idea per cui i vizi di cui al secondo comma dell'articolo 21-*octies* siano qualificabili come vizi non invalidanti e non siano riconducibili al novero dei meri vizi formali, come invero era già stato evidenziato prima della novella del 2005⁷⁹.

In relazione all'applicazione di queste disposizioni, ad ogni modo, anche l'evoluzione giurisprudenziale ha seguito un percorso tanto *tormentato* quanto progressivamente espansivo.

Inizialmente, infatti, si affermò un orientamento più prudente se non addirittura restrittivo⁸⁰.

L'orientamento restrittivo, però, è stato presto superato, accedendosi a un orientamento antiformalista o, meglio, apertamente sostanzialista.

Anche di recente, ad esempio, il giudice amministrativo ha espressamente sottolineato come le disposizioni in tema di partecipazione procedimentale non debbano essere interpretate «in senso formalistico», rispondendo invece «all'esigenza di provocare l'apporto collaborativo da parte dell'interessato» che però «viene meno qualora nessuna effettiva influenza avrebbe potuto avere la partecipazione di questo rispetto alla concreta portata del provvedimento finale, come appunto prevede l'articolo 21-*octies*, comma 2»: anche perché, in tal caso, «la partecipazione non solo sarebbe inutile, ma finirebbe per contraddire i fondamentali canoni di efficienza e speditezza del procedimento amministrativo»⁸¹.

Un orientamento, d'altronde, per certi versi indotto anche dall'esigenza di far fronte «all'*impasse* fra una norma favorevole alla

sulle valutazioni tecniche solo considerando, con Feliciano Benvenuti, che l'atto discrezionale impugnato è in fondo esso stesso “un fatto”».

⁷⁹ In questo senso, A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 739, secondo cui «è del tutto fallace ed impropria la qualificazione dei vizi del provvedimento che non incidono sulla legittimità sostanziale dello stesso, in termini di vizi di forma (o formali)».

⁸⁰ Tra le altre, si cfr. Cons. St., sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3412.

⁸¹ Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2019, n. 2052; si v. anche Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2014, n. 4694; Cons. St., sez. III, 23 febbraio 2015, n. 896; Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2127; Cons. St., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2509; Cons. St., sez. V, 14 marzo 2017, n. 1167; Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2017, n. 2855; Cons. St., sez. IV, 13 agosto 2018, n. 4918.

non annullabilità e una prassi di segno opposto provocata dall'impossibilità di fornire prova dell'identità dell'atto»; *impasse* che ha così portato il giudice amministrativo ad affermare che, essendo altrimenti la prova che l'amministrazione avrebbe dovuto fornire «una *probatio diabolica*», sarebbe stato allora «onere del privato quello di allegare la documentazione che avrebbe prodotto se avesse avuto coscienza dell'avvio del procedimento»⁸².

Un tangibile e significativo effetto conseguente all'affermarsi di questo orientamento è certamente rappresentato dalla progressiva estensione dell'applicazione del disposto di cui al secondo periodo del secondo comma dell'art. 21-*octies* anche alle ipotesi di violazione della regola del c.d. preavviso di rigetto.

Secondo questo orientamento giurisprudenziale, in particolare, la figura del preavviso di rigetto risponde essenzialmente all'esigenza «di far conoscere all'amministrazione procedente le ragioni fattuali e giuridiche dell'interessato che potrebbero contribuire a far assumere una diversa determinazione finale, derivante dalla ponderazione di tutti gli interessi in gioco»; questa finalità, però, viene meno ed è di per sé inidonea «a giustificare l'annullamento del provvedimento nei casi in cui il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sia in quanto vincolato, sia in quanto, sebbene discrezionale, sia raggiunta la prova della sua concreta e sostanziale non modificabilità»⁸⁵.

La previsione di cui all'articolo 10-*bis* della legge sul procedimento, «così come le altre norme in materia di partecipazione procedimentale», deve essere quindi interpretata «non in senso formalistico, ma avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la pubblica amministrazione»; la mancata o parziale comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, per l'effetto, non determina automaticamente l'illegittimità del provvedimento finale, qualora possa farsi per l'appunto applicazione dell'articolo 21-*octies*, secondo il quale il giudice «non può

⁸² Così M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 49.

⁸⁵ In questi termini, Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2019, n. 7335.

annullare il provvedimento per vizi formali, che non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale di un provvedimento, il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»⁸⁴.

In linea di principio, ecco quindi che per il giudice amministrativo le disposizioni normative in tema di partecipazione al procedimento amministrativo vanno interpretate e, come tali, applicate «in senso sostanziale, coordinando in modo ragionevole e sistematico i principi di legalità, imparzialità e buon andamento e i corollari di economicità e speditezza dell'azione amministrativa»⁸⁵.

In alcune pronunce, poi, addirittura il discorso assume una particolare nitidezza, manifestandosi con un afflato di portata quasi sistematica; ci si riferisce soprattutto a quegli arresti nei quali i principi di conservazione dell'atto e di strumentalità delle forme inducono a generalizzare la valenza dell'istituto dell'«illegittimità non invalidante» di cui all'articolo 21-*octies*, «anche per evitare che la prevalenza di considerazioni procedimentali porti l'amministrazione alla scelta (antieconomica e contrastante con i principi di efficienza) di dover riavviare un procedimento i cui esiti siano *ab initio* scontati»⁸⁶.

Pur continuando a registrarsi posizioni più o meno divergenti, per lungo tempo la giurisprudenza amministrativa ha dunque esteso l'applicabilità del regime dei vizi non invalidanti alla figura del preavviso di rigetto, così però concorrendo ad avallare condotte amministrative «volte ad estromettere il privato non solo a monte ma anche a valle del procedimento»⁸⁷; un orientamento, invero, che si è andato

⁸⁴ Cons. St., sez. IV, n. 7333/2019 cit.

⁸⁵ TAR Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 17 novembre 2017, n. 11363.

⁸⁶ In questo senso, TAR Sardegna, sez. II, 27 novembre 2013, n. 758, che, proprio muovendo da tali premesse, perviene alla conclusione per cui la disposizione sul preavviso di rigetto «deve essere interpretata alla luce del successivo articolo 21-*octies*, comma 2, che impone al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo».

⁸⁷ Così M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 49. A riprova di ciò, del resto, si legga la recente pronuncia del Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 2020, n. 1144, nella quale si afferma perentoriamente che «per consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato le garanzie procedimentali [...] sono dettate a tutela di concreti interessi, hanno carattere sostanziale e non devono risolversi in inutili aggravii procedimentali, in contraddizione con i fondamentali

a tal punto consolidando, se non addirittura cristallizzando, che per superarlo si è reso necessario un intervento legislativo *ad hoc*⁸⁸.

Sul punto si avrà modo di tornare⁸⁹.

La novella del 2020, ad ogni modo, non ha inciso su altre ipotesi alle quali il giudice amministrativo finisce per estendere la disciplina dei vizi non invalidanti, a ulteriore riprova di un approccio sostanzialista di segno più generale e, come tale, non derubricabile o comunque circoscrivibile a casi più specifici: ci si riferisce, in particolare, sia alle violazioni dell'obbligo di motivazione disposto dall'articolo 3 della legge sul procedimento sia a quelle inerenti al regime delle competenze⁹⁰.

Relativamente all'obbligo motivazionale e, in particolare, rispetto al corrispondente divieto di integrazione postuma, infatti, una parte della giurisprudenza amministrativa ha esteso l'applicazione dei vizi non invalidanti prima ai provvedimenti espressione dell'esercizio di un potere di natura vincolata e, successivamente, persino a quelli discrezionali⁹¹.

canoni di efficienza e speditezza del procedimento amministrativo»; in senso conforme, si v. anche Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2019, n. 2052; Cons. St., sez. V, 10 giugno 2019, n. 3882; Cons. St., sez. II, 17 giugno 2019, n. 4089.

⁸⁸ L'articolo 12, comma 1, lettera i), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 conv., con modif. della legge 11 settembre 2020, n. 120, infatti, ha introdotto nel testo dell'articolo 21-*octies* un terzo periodo in forza del quale «La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*».

⁸⁹ Si cfr. *infra*, § 4 del presente cap. II.

⁹⁰ Sulle traiettorie della motivazione del provvedimento, si v. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013, *passim*; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2012, 837 ss.; F. CARDARELLI, *Motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, II, 373 ss.

⁹¹ Con riferimento agli atti vincolati, si legga ad esempio la sentenza del Cons. St., sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018, nella quale si afferma che «nel processo amministrativo il divieto di integrazione giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo non ha carattere assoluto, in quanto non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione: è il caso degli atti di natura vincolata di cui all'articolo 21-*octies* della legge n. 241/1990, nei quali l'amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, oppure quello concernente la possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà,

Certo, si continua spesso ad affermare che il difetto di motivazione «non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo»⁹², al punto che in alcune pronunce si arriva persino ad osservare che

ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale»; inoltre, «la facoltà per l'amministrazione di dare l'effettiva dimostrazione dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, nel caso di atti vincolati, esclude in sede processuale che l'argomentazione difensiva dell'amministrazione, tesa ad assolvere all'onere della prova, possa essere qualificata come illegittima integrazione postuma della motivazione sostanziale, cioè come un'indebita integrazione in sede giuziale della motivazione stessa». Si v. anche TAR Marche, sez. I, 30 dicembre 2016, n. 761, laddove si afferma che «L'atto amministrativo deve recare l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l'adozione in relazione alle risultanze dell'istruttoria, con la conseguenza che sussiste il difetto di motivazione soltanto laddove non sia possibile ricostruire il percorso logico giuridico seguito dall'Autorità emanante; peraltro tale obbligo non può ritenersi violato qualora, anche a prescindere dal tenore letterale dell'atto finale, i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti e univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l'iter motivazionale posti a sostegno della determinazione assunta; tali condivisibili principi vanno però integrati con il generale divieto di motivazione postuma dell'atto amministrativo; in particolare, la stessa può essere ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo, così come può ipotizzarsi che l'amministrazione convalidi il provvedimento integrandone in un secondo momento la motivazione; ma l'integrazione della motivazione deve pur sempre avvenire da parte dell'amministrazione competente, mediante gli atti del procedimento medesimo o mediante successivo provvedimento di convalida». Osserva peraltro G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit., 1270-1271, che «la locuzione motivazione successiva o postuma può sottendere diversi fenomeni, compendiabili, quanto meno, nei seguenti: a) integrazione della motivazione mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi; b) opera del giudice amministrativo, allorché fondi il proprio convincimento utilizzando atti non richiamati dalla motivazione (c.d. motivazione "implicita"); c) integrazione effettuata della pubblica amministrazione attraverso l'emanazione di un autonomo provvedimento di convalida». Più in generale, sul rapporto tra atti vincolati e vizi non invalidanti, anche in relazione ai corrispondenti riflessi sulla *res judicata*, si v. S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 481 ss.; del medesimo a., si legga anche Id., *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?* (Nota a Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321), in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171 ss.

⁹² In questo senso, Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629; sulla motivazione come «essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo», si cfr. anche Cons. St., sez. III, 21 marzo 2019, n. 1857; Cons. St., sez. III, 17 marzo 2017, n. 58; Cons. giust. amm. per la Regione Siciliana, sez. giurisd., 26 agosto 2020, n. 750.

proprio nell'onere motivazionale si rivela «il fondamento di legittimazione democratica di quest'ultimo»⁹³.

Permanendo differenti letture circa la natura formale o sostanziale del difetto di motivazione, per effetto anche delle diverse impostazioni circa la relativa riconduzione nell'alveo degli elementi essenziali o meno del provvedimento, resta però il fatto che ogni qual volta il divieto di integrazione postuma o successiva della motivazione viene relativizzato, nel senso ad esempio per cui «non sempre i chiarimenti resi in corso di giudizio valgono quale inammissibile completamento postumo della motivazione» stessa, va da sé come si assista ad una espansione del regime applicativo del regime dei vizi non invalidanti e, per ciò solo, anche a una dequotazione della portata garantistica a cui assolve l'onere motivazionale stesso⁹⁴.

In altri termini, tutte le volte in cui si riconosce alla motivazione un carattere non assoluto, come ad esempio allorquando «le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato»⁹⁵, ecco allora che la motivazione finisce per subire un processo di intimo «depotenziamento», per l'appunto anche attraverso la via di un'applicazione fortemente sostanzialista e soprattutto espansiva del disposto di cui all'articolo 21-*octies*⁹⁶.

⁹³ Così Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2020, n. 1180.

⁹⁴ TAR Toscana, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 9; si cfr. anche Cons. St., sez. IV, 28 marzo 2018, n. 1959; TAR Lazio, Roma, sez. II, 7 novembre 2017, n. 11090; TAR Trentino Alto-Adige, Trento, sez. I, 28 marzo 2017, n. 103; TAR Lazio, Latina, sez. I, 8 aprile 2019, n. 260. Secondo G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit., 1274-1275, «la più recente giurisprudenza, dal canto suo, a questi profili problematici accosta il difficile confronto con l'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/90 che, come detto, in taluni casi è parso ulteriormente legittimare la motivazione postuma, anche se le posizioni restano piuttosto variegate, dipendendo esse dal considerare la motivazione come elemento formale o sostanziale. In taluni casi, peraltro, si propongono prudenti tentativi di mediazione e di "canonizzazione", ammettendosi la motivazione postuma alla ricorrenza di precisi presupposti, ovvero quando l'omessa motivazione: a) non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato; b) in fase infraprocedimentale risultino percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato; c) si tratti di atti vincolati».

⁹⁵ TAR Toscana, sez. III, n. 9/2020 cit.

⁹⁶ Per M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 896 ss., «nonostante spesso si tenda a parlare ancora oggi di dequotazione della motivazione, impiegando il fortunato neologismo coniato da Giannini, in re-

E lo stesso itinerario, per altro verso, può invero predicarsi anche in riferimento al vizio di incompetenza *relativa*, nel senso che sono sempre più numerose le pronunce nelle quali viene espressamente qualificato come vizio procedimentale e, di conseguenza, assoggettabile al disposto di cui all'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990⁹⁷.

In altri termini, si sta sempre di più assistendo all'affermazione dell'indirizzo per cui questa disposizione trova applicazione anche in relazione ai provvedimenti viziati per incompetenza relativa.

Eppure, anche senza scomodare l'insegnamento di alcuni grandi maestri del diritto amministrativo, a questa posizione si potrebbe obiettare che il regime delle competenze, lungi dal poter essere diversamente derubricato, esprime anche una certa carica garantistica nei confronti dei destinatari dell'esercizio del potere; si tratta, del resto, non solo di una delle informazioni che l'amministrazione procedente deve indicare nella comunicazione di avvio del procedimento⁹⁸, ma di un elemento intimamente costitutivo dell'assetto dei pubblici poteri e delle forme e modalità attraverso le quali si organizzano e agiscono.

L'insieme delle traiettorie evolutive brevemente richiamate, ad ogni modo, restituisce il senso di marcia, se non addirittura la direzione complessiva, della giurisprudenza amministrativa in relazio-

altà attualmente si è in presenza di un fenomeno diverso e cioè di un depotenziamento della motivazione. La dequotazione della motivazione ad opera della dottrina e della giurisprudenza nasce in un contesto storico differente, di assoluta latitanza legislativa e di attenzione pressoché esclusiva dell'atto terminale del procedimento amministrativo anziché al complessivo farsi dell'azione della pubblica amministrazione. La dequotazione della motivazione era pertanto mossa da un'istanza garantista intesa a valorizzare "ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare"».

⁹⁷ Nel senso per cui il vizio di incompetenza relativa debba essere considerato come un vizio procedimentale, si cfr. Cons. St., sez. III, 13 maggio 2020, n. 3046; Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2020, n. 971; Cons. St., sez. II, 22 gennaio 2019, n. 253; Cons. St., sez. III, 3 agosto 2015, n. 3791; Cons. St., sez. V, 14 maggio 2013, n. 2602; Cons. St., sez. I, 24 febbraio 2017, n. 507; Cons. St., sez. IV, 22 settembre 2016, n. 1956; Cons. St., sez. III, 3 agosto 2015, n. 3791; TAR Campania-Napoli, sez. III, 28 marzo 2017, n. 1710; *contra*, sulla natura invece sostanziale del vizio di incompetenza, si v. TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 giugno 2015, n. 8220.

⁹⁸ Ai sensi, come noto, dell'articolo 8, comma 2, lettera a), della legge n. 241/1990.

ne all'applicazione del regime dei vizi non invalidanti; traiettorie, in particolare, che rivelano un approccio tendenzialmente *espansivo* sia per estensione sia per intensità.

Invero, questo approccio, così fortemente orientato alle logiche sostanzialistiche ed efficientistiche correlate al raggiungimento del risultato, non collimerebbe con gli orientamenti, maggiormente garantistici, emergenti invece in sede europea per quanto riguarda il trattamento dei vizi formali; l'articolo 21-*octies*, comma 2, infatti, avrebbe l'effetto di «svilire l'importanza» delle garanzie partecipative, entrando così in tensione col diritto europeo⁹⁹.

Una ricostruzione, però, alla quale si è obiettato, da un lato, che «la giurisprudenza europea applica da molto tempo il criterio dell'influenza causale dei vizi formali» e, dall'altro, che il comma 2 dell'articolo 21-*octies* «può essere (e, anzi, il più delle volte è) interpretato come positivizzazione delle tendenze sostanzialiste calibrate sull'individuo, essendo estraneo alla norma l'intento di sacrificare la sostanza garantista che si cela dietro la forma in nome dell'efficienza e del risultato dell'azione»¹⁰⁰.

E, in questo senso, l'argomento più forte sarebbe rappresentato proprio dalla «valutazione “in concreto” che la disposizione richiede ai fini della pronuncia di (non) annullamento dell'atto e che costringe il giudice a una indagine caso per caso, impedendogli cioè giudizi di irrilevanza basati su presunzioni astratte»¹⁰¹.

Tutto ciò, però, pone di fronte ad almeno due ordini di problemi.

⁹⁹ Si v., in questo senso, il contributo monografico di P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., 294, che richiama a tal fine anche la pronuncia Corte giust., 21 dicembre 2011, Cicala, C-482/10, p.ti 29 ss.; si cfr. anche F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 543 ss.; D.-U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 ss.

¹⁰⁰ In questi termini, G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 259 ss., spec. 322 ss., secondo cui, di conseguenza, «il problema della consonanza tra diritto interno e diritto europeo va pertanto ridimensionato e circoscritto a ipotesi specifiche».

¹⁰¹ G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit., 323.

Il primo investe direttamente la questione della *forma* nell'attuale scenario ordinamentale e, alla luce delle relative torsioni evolutive, quanto la forma possa effettivamente dirsi «l'estremo rifugio, l'ultimo punto d'appoggio di uno smarrimento dei contenuti»¹⁰².

Si tratta di una questione di portata evidentemente più generale che, come tale, in questa sede si può solamente evocare, non potendosi d'altronde iscrivere solamente nelle tensioni e nelle reciproche interrelazioni tra la teorica della legittimità e quella del risultato¹⁰³.

In proposito, però, non può non richiamarsi l'ammonimento di chi ben prima della novella del 2005 aveva autorevolmente evidenziato, richiamandosi a quanto scriveva Ludwig Wittgenstein nel *Tractatus logico-philosophicus*, che «non dovrebbe sfuggire ad alcuno che anche (e soprattutto) per le scienze giuridiche “la forma è la possibilità della struttura”: essa è cioè la sostanza vera di ogni struttura o di ogni prodotto dell'ordinamento giuridico»¹⁰⁴.

¹⁰² Così, richiamando N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007, G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit., 259, la quale si domanda «quali sono i valori che la forma riesce ancora oggi a proteggere? E in che misura la protezione di quei valori è possibile senza che la forma diventi una insostenibile zavorra per chi assume le decisioni?». Sulla portata della forma e del principio di legalità, segnatamente in relazione all'azione amministrativa, si v. lo studio di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, spec. 17 ss.

¹⁰³ In riferimento a tale contrapposizione, oltre al saggio di A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 739 ss., si v. anche F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009, 33 ss.

¹⁰⁴ Così A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 739, secondo cui «pur trovandoci in un momento storico in cui il diritto è quasi “messo in stato d'accusa per l'eccesso di forme e di formalismi che gli sono propri” e si postula l'avvento di uno “Stato di diritto informale”, non si possono dimenticare – e non la si intenda affatto come una provocazione – il ricordo di intere biblioteche di classici del diritto pubblico di scienza della politica, che hanno sempre messo la forma al centro dei valori di ogni ordinamento positivo, quale garanzia di libertà e quale limite all'esercizio del potere pubblico per definizione autoritativo». Più in generale, sulla forma come «causa della norma giuridica», come «aspetto sensibile dei rapporti intersoggettivi», come «idea» e «schematizzazione del reale», ovvero come necessaria «proposizione logica» che prescrive un comportamento, si v. A. CATELANI, *Il diritto come struttura e come forma*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2013², spec. 51 ss. nonché, con specifico riguardo al rilievo della componente formale nel diritto,

Primariamente e per sé, infatti, la forma svolge innanzitutto una «funzione di valore ordinatore di sistema che non è in alcun modo rinunciabile, neppure in un ordinamento improntato alla cultura del risultato»¹⁰⁵; e, in questa prospettiva, ecco allora che la legalità «non cessa quindi di rappresentare un valore quanto meno strumentale, e di non scarso rilievo, nello stesso perseguimento di quel “risultato” che sembra averla sostituita quale principio costituzionale di legittimazione dell’autorità amministrativa»¹⁰⁶.

Come anticipato, tuttavia, quel che più interessa ai fini dell’indagine è un secondo ordine di problemi, ovvero i riflessi che, in particolare alla luce degli orientamenti giurisprudenziali di cui si è dato conto, ne sono derivati e, tuttora, ne derivano, sulla partecipazione procedimentale e, in ultima analisi, sul valore che le corrispondenti forme legali esprimono in sé e, per ciò solo, trasfondono – o dovrebbero trasfondere – nella fattispecie procedimentale.

Il problema, infatti, è sempre quello per cui, nel prisma delle plurime manifestazioni del diritto vivente, lo schema tratteggiato dal comma 2 articolo 21-*octies* sembra invece prefigurare, per l’appunto anche in relazione agli istituti partecipativi, «una gerarchia ben precisa tra forma e sostanza, in cui è la prima a soccombere»¹⁰⁷.

A. FALZEA, *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, 178 ss.

¹⁰⁵ Ancora, A. POLICE, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 740. In questo senso, si cfr. anche F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3443 ss. e R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, cit., spec. 19, secondo cui «il problema è, semmai, quello di individuare i percorsi culturali che hanno consentito – e forse ancora consentono – di mettere la forma al centro dei valori politico-costituzionali di un sistema aperto, a struttura liberale, fino al punto di farla considerare l’architrave del modello stesso del moderno Stato di diritto»; sulla «desacralizzazione delle forme», si cfr. L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 1.

¹⁰⁶ A. ROMANO TASSONE, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 593 e n. 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57. Sulla indubbia influenza delle riflessioni di Antonio Romano Tassone in relazione alla disciplina dei vizi formali e al regime dell’invalidità dei provvedimenti amministrativi, si legga M. TRIMARCHI, *L’(in)validità nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 555 ss.

¹⁰⁷ Così M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 48, il quale però osserva che «in realtà la forma nel diritto spesso è essa stessa sostanza e la forma *ad substantiam*, se è prevista, è perché è portatrice di un va-

Si assiste così, alla luce dell'affermazione in sede giurisprudenziale degli indirizzi più sostanzialisti, a una sorta di inversione dell'ordine *naturale* delle cose, nel senso per cui «non è più il procedimento a servire al privato, ma è il privato che serve (se serve) al procedimento»¹⁰⁸; la partecipazione procedimentale, in altri termini, finisce per manifestarsi in funzione sempre più strumentale.

Una strumentalità, però, di cui occorre a questo punto delineare meglio, alla luce della disamina effettuata, il senso e la portata¹⁰⁹.

4. *La partecipazione strumentale: quale partecipazione per quale risultato?*

Partecipazione strumentale è una locuzione attraverso la quale si intende, almeno preliminarmente, indicare l'insieme degli orientamenti, in particolare di matrice giurisprudenziale, che tendono a, o comunque finiscono per, mitigare se non addirittura negare la portata più o meno assolutizzante che invece altri indirizzi, anche di ordine dottrinale, hanno tradizionalmente riconosciuto al paradigma normativo della partecipazione procedimentale.

Orientamenti che, come è stato ben sintetizzato, assumono la partecipazione non più come più un «valore in sé», bensì come «un accidente meramente strumentale all'adozione di un provvedimento migliore»¹¹⁰.

lore». Con l'espressione «diritto vivente», quindi, nel testo ci si riferisce genericamente agli orientamenti giurisprudenziali richiamati in precedenza e non invece alla «[...] giurisprudenza consolidata, [...] intesa in una accezione più ampia di giurisprudenza costante, qualificata da una serie continua di pronunce uniformi»: in questi termini, L. MENGONI, *Il 'diritto vivente' come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, spec. 159.

¹⁰⁸ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 48.

¹⁰⁹ Come osservava prima della novella del 2005 A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 740, del resto, occorre guardarsi dal rischio che «alla dequotazione delle formalità indicata da alcuni come pedaggio necessario per assicurare l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa, si accompagni inavvertitamente una dequotazione della forma: sarebbe davvero troppo».

¹¹⁰ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 48.

Una strumentalità, d'altronde, che era già stata chiaramente colta in alcuni studi meno recenti: muovendo dal presupposto per cui la funzione del procedimento sia quella di «consentire la miglior cura dell'interesse pubblico», infatti, se ne deduceva che anche la partecipazione dovesse essere essenzialmente «strumentale alla più congrua decisione finale in vista dell'interesse pubblico»¹¹¹.

Si trattava, però, di una linea di pensiero che, al netto degli istituti espressione del principio del giusto procedimento, assegnava alla partecipazione procedimentale una funzione principalmente collaborativa.

In realtà, come si è evidenziato nel capitolo precedente, è un dato acquisito quello per cui la partecipazione procedimentale assolve a una pluralità di funzioni che convivono sia in astratto, ovvero nella modellistica positiva, sia in concreto, nella singola fattispecie procedimentale; la partecipazione procedimentale, cioè, può senz'altro predicarsi in termini di polifunzionalità, ivi intimamente coesistendo profili sia collaborativi sia garantistici.

È, dunque, in questa prospettiva che va valutato l'impatto complessivo della disciplina dettata per i vizi non invalidanti; una disciplina che pare davvero segnare una sorta di cesura, quanto meno nel senso di un significativo rafforzamento delle correnti sostanzialistiche che già prima del 2005 erano emerse nella giurisprudenza amministrativa¹¹².

Che, ad ogni modo, si riconoscano nella disposizione di cui all'articolo 21-*octies*, comma 2, i contorni di una cesura più o meno netta rispetto al passato o, piuttosto, di una opzione volta in larga misura a positivizzare indirizzi già in qualche modo emergenti nel-

¹¹¹ Si cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 420.

¹¹² Sugli orientamenti pretori antecedenti alla novella del 2005, si v. tra gli altri G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit., 311, che ricorda come «già anteriormente al 2005, anno di introduzione dell'art. 21-*octies*, comma 2, la giurisprudenza aveva elaborato e dato ampia applicazione a diverse tecniche di riduzione della portata invalidante delle patologie formali, tra cui quella basata sul criterio della ininfluenza causale del vizio sull'esito decisionale», evidenziando altresì che «l'applicazione di tale criterio è stata non di rado condizionata da una idea sbilanciata di sostanzialismo, effettivamente calibrata sulla efficienza dell'azione amministrativa (o sulla sua ragionevolezza). In nome di esigenze di risultato, infatti, il valore garantista della forma è stato obliterato o comunque fortemente compromesso».

le stagioni precedenti, resta il fatto che l'interpretazione evolutiva che il giudice amministrativo italiano ne ha progressivamente dato, ancorché in maniera non sempre univoca, è un problema con cui la scienza giuridica è alle prese da tempo.

Un problema, però, che non sembra poter sfuggire, tanto più al fine di apprezzarne le ricadute applicative sulla partecipazione procedimentale, a una valutazione preliminare.

Il problema, infatti, potrebbe dipendere da diverse cause: potrebbe, ad esempio, promanare direttamente dalla disposizione normativa in questione, segnatamente per una cattiva formulazione della stessa, oppure derivare dalla lettura più o meno forzata che ne danno i giudici amministrativi o, ancora, dall'una e dall'altra concausa insieme.

Tutto ciò, d'altronde, trova conferma proprio anche nel già ricordato dibattito, via via arricchitosi di importanti contributi, intorno alla compatibilità o meno con il diritto europeo di una siffatta disposizione normativa.

Per alcuni, infatti, vi sarebbe una netta distonia tra il diritto europeo, e in particolare alcune previsioni della Carta di Nizza, e la disciplina dei vizi non invalidanti dettata dall'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge nazionale sul procedimento¹¹³; per altri, invece, una siffatta distonia non sussisterebbe, segnatamente in quanto sarebbe «pienamente compatibile con l'approccio causalista "europeo"»¹¹⁴.

¹¹³ Si v. D.-U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, cit., 601 ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., passim; F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, cit., 543 ss.; si leggano inoltre F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 39 ss.; in senso contrario, invece, si v. M. TRIMARCHI, *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 537 ss.

¹¹⁴ G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit., 322, secondo cui «la giurisprudenza europea applica da molto tempo il criterio della influenza causale dei vizi formali, come dimostra l'analisi svolta in merito ai diritti partecipativi. Di fronte a quelle violazioni, il profilo formale non è autonomo, rilevando nei limiti in cui rifluisce sul piano sostanziale (dell'impatto sul contenuto dell'atto). Il giudice europeo, infatti, annulla soltanto gli atti rispetto ai quali quella garanzia è priva di contenuto effettivo perché, anche se il privato avesse partecipato, l'esito dell'atto non sarebbe cambiato». Per L. FERRARA,

Secondo quest'ultimo orientamento, quindi, le tensioni con l'ordinamento europeo non andrebbero tanto ricercate nella disciplina nazionale relativa ai vizi non invalidanti, quanto piuttosto nella «tendenza giurisprudenziale a escludere la rilevanza della partecipazione già in astratto, in ragione della natura dell'atto anziché della inevitabilità in concreto dell'esito decisionale»¹¹⁵.

Il problema, in altri termini, non risiederebbe nella disciplina positiva di fonte nazionale, bensì nell'applicazione espansiva, se non addirittura creativa, che tende a farne il giudice amministrativo.

Anche ammettendo quindi che la *ratio* delle norme contenute nell'articolo 21-*octies*, comma 2, sia effettivamente quella di coniugare forma e sostanza, contenendo eventuali eccessi formalistici al fine di «superare quello iato tra l'astrattezza della norma (e il suo portato garantista) e la concretezza del mondo reale che spesso apre il varco a “giudizi di valore” spogli di “contenuti formali”», vi è però almeno un altro aspetto da sottolineare¹¹⁶.

Ci si riferisce, segnatamente ai fini dell'indagine che si sta conducendo, al rilievo che assume la partecipazione procedimentale nell'ordinamento italiano o comunque al ruolo che si vuole, o si pretende, di riconoscere alla stessa.

La partecipazione procedimentale, infatti, non viene riconosciuta o apprezzata come un valore in sé o come un principio inderogabile, dalla portata tendenzialmente assolutizzante, rivelandosi inve-

La partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile, in *Dir. amm.*, 2008, 106 ss. del resto, «rispetto alla generale giustificata dequotazione del procedimento, comprensivo dello stesso momento partecipativo, a misura in sé della legittimità del provvedimento (ma non anche, si è detto, della legalità del comportamento amministrativo), l'inversione dell'onere della prova rappresenta un trattamento privilegiato, di favore e non di sfavore: consentendo al ricorrente, tanto in presenza di atti vincolati che di atti discrezionali, di dedurre meramente il vizio della partecipazione, il legislatore ha, infatti, instaurato una sorta di meccanismo presuntivo sull'influenza che ha la partecipazione sul buon esito del procedimento.

¹¹⁵ Ancora, G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit., 325.

¹¹⁶ Osserva, del resto, G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit., 326, che «la forma veicola un valore di garanzia da tutelare nei limiti imposti dal principio di effettività. Superati quei limiti, e solo allora, la forma recede, cedendo il passo a una sostanza che verrebbe, altrimenti, inutilmente sacrificata».

ce in termini sempre più marcatamente strumentali, anche laddove assolve a una funzione di garanzia¹¹⁷.

E, ad avviso di scrive, si tratta di un fenomeno espressione di una scelta, più o meno consapevole, di cui il comma 2 dell'articolo 21-*octies* costituisce l'estrinsecazione positiva più evidente, quasi una sorta di manifesto; il secondo comma dell'articolo 21-*octies*, cioè, ne rappresenta senz'altro la punta più avanzata e, come tale, maggiormente percepibile, anche a prescindere dalle forzature giurisprudenziali ovvero da quelle che taluni leggono come tali.

Basti pensare, ancora una volta, alla vicenda della comunicazione di avvio del procedimento: se la partecipazione procedimentale fosse universalmente sussunta o riconosciuta come un valore, infatti, sarebbe impervio discutere dell'utilità di un istituto costitutivo dello stesso paradigma partecipativo, quanto meno nel senso per cui «i valori si rispettano»¹¹⁸.

Per scelta normativa, in altri termini, una parte significativa del disegno positivo relativo alla partecipazione procedimentale viene espressamente ricondotta, persino in riferimento all'attività discrezionale, nell'alveo di una dimensione di strumentalità espressamente affermata come tale, al punto che la corrispondente infrazione può risultare irrilevante ai fini della validità degli atti che definiscono il procedimento.

A questa scelta compiuta direttamente dal legislatore, unitamente a quella inerente alla violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti di cui al primo periodo della medesima disposizione, si aggiungono poi gli orientamenti espansivi del giudice amministrativo che, come si è evidenziato, estendono l'applicazione

¹¹⁷ Secondo G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit., 325, d'altronde, neanche a livello europeo «va sopravvalutata la portata garantista del principio del contraddittorio»: infatti, «pur enunciato come principio inderogabile, la sua attrazione nella logica causalista porta talora a esiti meno convincenti, quando dia luogo a una valutazione giudiziaria sulla rilevanza degli argomenti difensivi che può comportare il non annullamento di provvedimenti il cui esito sarebbe in astratto modificabile».

¹¹⁸ In questo senso, M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 48, secondo cui «l'infrazione dell'articolo 7 è sostanziale perché comporta la violazione di uno dei valori fondativi della l. n. 241/90 e cioè la partecipazione al procedimento come elemento della "democrazia partecipativa"».

dell'articolo 21-*octies* all'onere motivazionale e persino al vizio di incompetenza.

E solamente la recente novella di cui si è dato conto ha comportato, attraverso un intervento normativo che, per quanto non predicabile come episodico, può comunque dirsi *ad hoc* e, dunque, a sua volta espressione di una opzione ben precisa, l'esclusione della figura del preavviso di rigetto dal vortice del regime dei vizi non invalidanti.

Tutto ciò, d'altra parte, in un contesto ordinamentale in cui la strumentalità della partecipazione procedimentale traspare anche da ulteriori indici: ci si riferisce, come si rappresenterà comunque meglio nel terzo capitolo, alle vicende del soccorso istruttorio, segnatamente nell'ambito del settore dei contratti pubblici, alla *debolezza* degli apporti partecipativi nell'ambito dei percorsi procedimentali volti alla formazione degli atti a contenuto generale e così via.

Il che, ad ogni modo, sembra allora attestare come, rispetto anche a narrazioni che tendono a raccontare di una espansione e di un costante rafforzamento del significato e della pienezza della partecipazione, in particolare delle garanzie e delle tutele, l'ordinamento italiano si caratterizzi per un afflato fortemente orientato a ridefinirne la portata; un moto complessivo, quindi, che non pare potersi imputare solamente alla formulazione del secondo comma dell'articolo 21-*octies* ovvero agli orientamenti, e persino alle pretese forzature, del giudice amministrativo.

Un moto, invece, che si manifesta, si *disvela*, in termini più generali, riflettendo o comunque ricollegandosi a due tratti di ordine altrettanto generale.

Il primo riguarda il risultato amministrativo e le logiche efficientistiche ad esso comunque sottese, il secondo le interrelazioni sempre più strutturali e intense tra procedimento, da un lato, e processo amministrativo, dall'altro.

Del risultato si è già detto. A questo punto, tuttavia, è bene sottolineare come la natura strumentale predicabile in relazione alla partecipazione procedimentale rinvenga nel risultato dell'azione amministrativa, così come concettualmente ricostruito, tanto l'ap-prodo ultimo quanto, ad un tempo, uno dei propri antecedenti.

Il risultato, cioè, diviene in qualche modo *misura* della partecipazione procedimentale, rispetto al quale assume una portata servente; l'ordinamento, in altri termini, ammette, auspica e finanche pretende che i soggetti privati partecipino, ma i corrispondenti apporti partecipativi non si realizzano per sé, né soprattutto si esauriscono finalisticamente in sé, apprezzandosi invece in relazione alla soddisfazione del risultato stesso o, meglio, rilevando soprattutto nella misura in cui concorrono al relativo perseguimento.

L'orizzonte teleologico delle forme di partecipazione procedimentale, quindi, non va scisso, drasticamente separato, dal fine ultimo che deve essere raggiunto *nel e attraverso* il procedimento¹¹⁹.

In questa prospettiva, come è stato osservato, la teorica dell'amministrazione di risultato contribuisce così a frenare anche l'«illimitata espansione delle garanzie formali»¹²⁰; una forza frenante, quella indotta dall'affermazione delle correnti sostanzialistiche ed efficientistiche alla base della concezione di risultato a cui si accede, che tuttavia non si risolve in un mero effetto dequotante, bensì nel riconoscimento – innanzitutto – della essenzialità della dimensione funzionale nella quale la partecipazione complessivamente si iscrive, il procedimento, e in vista della quale si compie, il raggiungimento del risultato.

Sul presupposto per cui la forma è la possibilità della struttura, né potrebbe essere altrimenti, ecco allora che il paradigma partecipativo risponde sì anche a un afflato valoriale che ha progressivamente intriso l'ordinamento nazionale, sull'onda delle influenze euronitarie, segnatamente per corrispondere ad esigenze di garanzia; tutto ciò, però, non al punto di determinare una sorta di assolutizzazione degli istituti partecipativi tale da poterli estrapolare in tutto e per tutto dal contesto procedimentale nel quale si collocano e dalle finalità che per questa via si devono perseguire.

Una strumentalità quindi che, tanto più alla luce delle ulteriori trasformazioni che – come si è precedentemente osservato – hanno contraddistinto l'ordinamento italiano, aiuta a meglio comprendere

¹¹⁹ Va da sé, è appena il caso di ribadirlo, che per risultato deve sempre intendersi il fine che all'amministrazione viene assegnato dalla legge così come si è rappresentato al precedente § 2 del presente cap. II.

¹²⁰ Così M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, cit., 124.

il senso ultimo degli orientamenti giurisprudenziali di cui si è dato conto.

Al netto di alcuni discutibili eccessi antiformalistici emergenti in qualche arresto, infatti, da uno sguardo d'insieme traspare qualcosa di più profondo.

Ci si riferisce alla circostanza per cui, nel quadro della più generale ridefinizione dei relativi contorni, «negare effettività alle norme sul procedimento», come poi è avvenuto con l'introduzione del 2005 del comma 2 dell'articolo 21-*octies*, «significa assumere quella accezione del principio di legalità secondo cui la legittimità dell'azione amministrativa ha come suo parametro di verifica non tanto il diritto positivo e, con esso, anche le regole di competenza, di procedura o forma degli atti, quanto piuttosto il perseguimento dell'interesse pubblico»¹²¹.

Ciò che, però, concorre ad assegnare un ruolo ancor più decisivo al giudice amministrativo, finendo «per tradursi nel trasferimento al giudice di ulteriori quote di verifica della correttezza amministrativa e della risoluzione dei conseguenti conflitti»¹²².

¹²¹ In questi termini, già A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, cit., 789, il quale peraltro evidenziava, prima della novella del 2005, come «la trasformazione dei compiti e dei poteri del giudice ben consentirebbe – a legislazione invariata – il raggiungimento del medesimo obiettivo in termini di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa (di risultato), senza scardinare le basi su cui si fonda l'effettività e concreta vigenza delle norme procedurali». Del resto, «il giudice amministrativo nostrano [...] con grande saggezza ha già imboccato questa strada: da un lato, e storicamente, operando nel solco della gloriosa giurisprudenza d'oltralpe che distingue tra forme essenziali e mere forme; dall'altro lato, più recentemente, consentendo la sanatoria o convalida dei vizi del procedimento in corso del giudizio». «Dell'opera della giurisprudenza amministrativa italiana, infatti, non deve dimenticarsi la strada intrapresa, sin dagli anni Venti del secolo appena trascorso, tendente a “deprezzare” le discrasie tra atti e norme, quando si tratti di carenze appartenenti alla sfera esteriore degli atti che non hanno correlazione o influenza alcuna sul processo logico e determinativo della scelta amministrativa cristallizzata nel provvedimento». Per M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 48, d'altra parte, dalle più recenti evoluzioni dell'ordinamento si trae «conferma che il protetto nei processi sulla validità dell'atto non è il privato, ma l'interesse astratto voluto dalla legge, con buona pace, si dovrebbe aggiungere, dell'interesse pubblico in concreto definito nel procedimento».

¹²² Così M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, cit., 123. Si legga anche L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

Un giudice amministrativo che, come è stato efficacemente osservato, sempre più «si candida, programmaticamente, a rispondere alle domande che provengono dai cittadini, dando così conto ai destinatari del “servizio pubblico giustizia”, finendo molte volte per “amministrare per sentenza”»¹²³.

A questa rinnovata centralità del giudice amministrativo, d'altra parte, non sono certamente estranee, pur in un quadro ancora fortemente segnato da oscillazioni e incertezze, le torsioni che hanno progressivamente investito il giudizio amministrativo, almeno da una trentina d'anni a questa parte.

Si pensi, a tacer d'altro, alle perduranti discussioni intorno alla natura e all'oggetto del giudizio: se, cioè, si tratti di giudizio sull'atto ovvero sul rapporto controverso¹²⁴, tanto più alla luce delle ulteriori distinzioni formulate anche in relazione a questa seconda teorizzazione¹²⁵.

¹²³ Così G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit., 1247, secondo il quale ciò avviene «da un lato allontanandosi definitivamente dal tradizionale contenzioso di annullamento, dall'altro impiegando a tal fine principi ampi e aperti, uscendo dai confini della mera applicazione del diritto e delle norme di procedura, per andare alla ricerca di tecniche di tutela forgiate *ad hoc* con riferimento al caso sottoposto al suo esame».

¹²⁴ In tema, si v. G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980. Per una lettura critica, però, si cfr. gli scritti di R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, Id., *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo* e Id., *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo*, tutti in Id., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, 63 ss.; di recente, dello stesso a., si legga anche Id., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 369 ss.

¹²⁵ Sulla distinzione tra giudizio sul rapporto «in senso statico» e «in senso dinamico», si v. L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.; si legga anche Id., *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubb.*, 2016, 79 ss. Per G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit., 1249, «accedendosi alla prima impostazione, si sostiene che il fatto costitutivo dell'interesse legittimo deve ricavarsi dalle regole sostanziali che vincolano l'azione amministrativa. Quanto all'oggetto della situazione giuridica, si osserva che esso cambi, a seconda che il provvedimento sia vincolato o discrezionale: nel primo caso questo consista nell'attribuzione del bene della vita, nel secondo nell'attuazione della *chance* risultante dalla legge, e quindi nello scioglimento del soggetto privato dall'incertezza in cui la legge lo ha lasciato»; con la locuzione giudizio sul rapporto «in senso dinamico», invece, si intende «un giudizio nel quale si perviene alla definitiva attribuzione del bene della vita (anche) nei casi in cui la pubblica amministrazione

Nella prospettiva data, ad ogni modo, quello che caratterizza sempre più l'attuale scenario ordinamentale, e di cui occorre tener conto, è una certa consapevolezza, al punto da sfociare talvolta in forme di vera e propria autocoscienza collettiva, che del proprio ruolo la giurisprudenza amministrativa ha e, per ciò solo, tende a voler rappresentare ed esternare.

Contorni paradigmatici, proprio in relazione al rapporto, al *continuum*, che intercorre tra procedimento e processo amministrativo, assumono così le parole pronunciate dal Presidente del Consiglio di Stato in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario del 2020: «procedimento e processo sono sempre andati di pari passo, in una interazione continua; una sorta di andirivieni, di *Zuruckverweisung*, permanente». E «questo andirivieni tra procedimento e processo è continuo perché si inserisce in una dinamica circolare, in cui la tutela del singolo caso diviene principio guida per i futuri procedimenti, attraverso l'effetto confermativo della decisione»¹²⁶.

Una interazione continua, una circolarità, che precostituisce le condizioni per rendere il giudice amministrativo quasi una sorta di forza plasmante, se non addirittura demiurgica, della materia procedimentale e, dunque, tanto della ricerca del risultato quanto, per l'effetto, della consistenza più o meno strumentale degli apporti partecipativi rispetto all'identificazione dei contorni del risultato stesso.

Prima di soffermarsi sul rapporto che intercorre a tal fine tra procedimento e processo amministrativo e quindi sul ruolo del giudice amministrativo, è bene però dar conto delle ulteriori tracce della partecipazione strumentale rinvenibili nell'ordinamento italiano, segnatamente alla luce delle influenze europee¹²⁷.

dispone di potere discrezionale, attraverso il riesercizio difensivo (con atto processuale) dello stesso potere, e, insieme, l'applicazione della regola della preclusione del dedotto e del deducibile».

¹²⁶ Si cfr. la relazione del Presidente del Consiglio di Stato, Filippo Patroni Griffi, in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2020 (*La giustizia amministrativa nel 2020*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 13 ss.).

¹²⁷ Sulle ragioni della specialità del processo amministrativo, però, si rinvia fin d'ora a F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 847 ss.

CAPITOLO III

LA PARTECIPAZIONE STRUMENTALE TRA INFLUENZE SOVRANAZIONALI E ORDINAMENTO NAZIONALE

SOMMARIO: 1. Tracce della partecipazione strumentale nell'ordinamento sovranazionale ed europeo. – 2. La partecipazione strumentale nell'ordinamento italiano tra previsioni generali e discipline settoriali: il soccorso istruttorio. – 3. *segue*: il soccorso istruttorio nei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. – 4. Ulteriori forme di partecipazione strumentale in ambito settoriale.

1. *Tracce della partecipazione strumentale nell'ordinamento sovranazionale ed europeo*

La dimensione strumentale della partecipazione procedimentale non si risolve, non si esaurisce, solamente nel regime dei vizi formali o non invalidanti dettato dall'articolo 21-*octies* della legge n. 241/1990, per quanto questa disposizione assuma con tutta evidenza contorni paradigmatici, come si è dato conto nel capitolo precedente.

La strumentalità della partecipazione procedimentale, cioè, pare emergere anche da una pluralità di ulteriori indici o comunque di tracce più o meno composite ma tutte, comunque, rinvenibili nell'attuale scenario ordinamentale.

Prima di dedicarsi all'ordinamento nazionale, tuttavia, è su alcune dinamiche sovranazionali, in particolare di derivazione europea, che occorre soffermarsi.

Preliminarmente, infatti, non possono non richiamarsi proprio gli arresti del giudice europeo nei quali hanno trovato applicazione,

con una certa dose di «pragmatismo», il criterio della c.d. ininfluenza causale, come è stato attentamente sottolineato¹.

Secondo la Corte di giustizia europea, infatti, «nella applicazione del diritto europeo», il sindacato del giudice nazionale dovrebbe consistere «nel verificare, in funzione delle circostanze di fatto e di diritto di ciascun caso di specie, se le irregolarità procedurali abbiano effettivamente privato coloro che le invocano della possibilità di difendersi più efficacemente, in modo che il procedimento amministrativo in questione avrebbe potuto comportare un risultato diverso»².

E, ancora, in una pronuncia successiva si è ulteriormente stabilito che «l'obbligo che incombe al giudice nazionale di garantire pienamente l'effetto del diritto dell'Unione non comporta la conseguenza d'imporre che una decisione impugnata, poiché adottata in violazione dei diritti della difesa, segnatamente del diritto di essere sentiti, sia annullata nella totalità dei casi»: la pronuncia di annullamento dovrebbe essere viceversa circoscritta alle ipotesi in cui «senza tale violazione, il procedimento avrebbe potuto condurre ad un risultato differente»³.

Il criterio in questione, d'altronde, è stato applicato dal giudice europeo non solo con specifico riferimento alle violazioni inerenti al diritto di difesa, ma a molteplici violazioni formali, al punto da af-

¹ In proposito, si legga, anche per una rigorosa ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza europea, l'importante contributo di G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit., 286, secondo la quale, nella prospettiva del giudice europeo, «la partecipazione è imprescindibile ogniqualvolta serva al destinatario del provvedimento per difendersi e per condizionare, a suo favore, l'esito del procedimento: per questo, va garantita se e in quanto possa riverberarsi efficacemente sul contenuto della misura adottata»; di «robusto pragmatismo» del giudice europeo parla S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., 288.

² Corte giust. UE, 10 settembre 2013, G. e R., C-383/13, p.to 44.

³ Così Corte giust. UE, 3 luglio 2014, Kamino International Logistics e Datema Hellmann Worldwide Logistics, C-129/13, p.ti 78 e 80. In generale, sul riconoscimento del diritto di essere sentiti tra «i principi generali comuni agli ordinamenti dei paesi che fanno parte della Comunità», si v. G. DELLA CANANEA, *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, Giuffrè, 2006, 50; più in generale, del medesimo a., deve necessariamente leggersi anche ID., *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019; si v. anche B. MARCHETTI, *Searching for the Fundamentals of Administrative Law*, Torino, Giappichelli, 2019; si cfr. anche M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, cit., 7 ss.

fermarsi che «di norma, un'irregolarità procedurale implica l'annullamento totale o parziale di una decisione solo se venga provato che, in mancanza di questa irregolarità, la decisione impugnata avrebbe potuto avere un contenuto diverso»⁴.

Pur permanendo significative differenze rispetto a quanto si verifica invece nell'ordinamento italiano⁵, di conseguenza, resta comunque il fatto che gli orientamenti pretori emergenti in sede europea tendono anch'essi a riconoscere una certa strumentalità alla partecipazione procedimentale, concorrendo così a promuoverne una declinazione dai tratti non assolutizzanti.

Sempre assumendo l'angolo di visuale dell'ordinamento europeo, poi, la strumentalità della partecipazione procedimentale traspare, neppure troppo velatamente, anche dall'applicazione del canone ispiratore, ovvero del principio della massima partecipazione, segnatamente nell'ambito delle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

⁴ Si cfr. Corte giust. UE, 23 aprile 1986, Bernardi/Parlamento, C-150/84, p.to 28. Si cfr. anche Corte giust. UE, 18 dicembre 2014, Regno Unito/Consiglio, C-81/13 p.to 67; Trib. primo grado, 2 maggio 1995, NTN Corporation/Consiglio, T-163/94 e T-165/94, p.to 115; Trib. primo grado UE, 9 settembre 2011, Dow Agro-Sciences e a./Commissione, T-475/07, p.to 203; Corte giust. UE, 4 febbraio 2016, C & J Clark International, cause riunite C-659/13 e C-34/14, p.to 140; Trib. primo grado UE, 18 marzo 2009, Shanghai Excell M&E Enterprise e Shanghai Adepteck Precision/Consiglio, T-299/05, p.to 138; Trib. primo grado UE, 12 luglio 2015, Health Food Manufacturers' Association e a./ Commissione, T-296/12, p.to 71.

⁵ Come osserva G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, cit., 324-325, infatti, in sede europea «la valutazione sulla influenza causale del vizio è, in alcuni casi, così tanto 'concreta' da sfociare in un sindacato sulla attitudine delle specifiche argomentazioni difensive, addotte in giudizio dal partecipante pretermesso, a modificare l'esito procedimentale. Accade talvolta, come evidenziato, che la Corte di giustizia, anche ove non sussista l'assoluta doverosità del contenuto dell'atto (in ragione dall'esistenza di vincoli normativi e/o fattuali), faccia salvo l'atto quando accerti che quello specifico contributo del privato, se reso durante il procedimento, non avrebbe potuto comunque modificare la decisione: si prescinde, cioè, dalla potenziale attitudine del contraddittorio a modificare l'esito, cioè dalla natura discrezionale o vincolata del provvedimento viziato, e si giunge a formulare un giudizio prognostico circa il 'peso' che un certo argomento avrebbe potuto assumere ai fini della decisione finale». Per l'a., però, il problema è che «tale approccio non solo implica l'interferenza del giudice in valutazioni che sono in linea di principio riservate alla amministrazione, ma presuppone altresì una concezione 'minimalista' o 'statica' del contraddittorio procedimentale, che esclude la possibilità per il privato di arricchire i propri argomenti difensivi nel dialogo con l'amministrazione o comunque nel corso dell'istruttoria».

Un principio, del resto, a tal punto rilevante che il giudice amministrativo italiano è arrivato ad affermare che «nel rapporto sempre esistente in materia di contratti pubblici fra principi di massima partecipazione e di *par condicio*, è ormai il primo ad essere considerato prevalente», specialmente alla luce di quanto disposto dell'articolo 83 del decreto legislativo n. 50/2016⁶.

La manifestazione del principio nella realtà procedimentale, ad ogni modo, non deve trarre in inganno, come persino la locuzione stessa potrebbe – forse – indurre a pensare.

E la ragione è pressoché intuitiva. Ciò che attraverso l'effettiva estrinsecazione del principio nei percorsi procedurali preordinati all'affidamento dei contratti pubblici si mira a perseguire e, per ciò solo, a preservare non è tanto la mera partecipazione dei singoli operatori economici in sé e per sé considerati, quanto piuttosto la maggior estensione possibile della platea partecipativa ai fini della soddisfazione degli interessi pubblici a cui quelle medesime procedure di affidamento sono funzionalmente connesse ovvero, in ultima analisi, sia la scelta del miglior contraente possibile sia la promozione dell'assetto proconcorrenziale – almeno – *per il mercato*⁷.

Ciò che rileva e viene conseguentemente salvaguardato, in altri termini, non è tanto la posizione del singolo operatore economico in quanto tale o, più specificatamente, le relative prerogative partecipative bensì la massima apertura possibile del gioco competitivo, muovendo dal presupposto per cui gli appalti pubblici «costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva», dovendosi

⁶ In questi termini, TAR Lazio, Roma, sez. III-*bis*, 6 novembre 2017, n. 11031.

⁷ Rispetto agli obiettivi e alle finalità perseguite a livello europeo, del resto, è sufficiente a tal fine richiamare quanto riportato nel considerando n. 1 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE: «L'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni per coordinare le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti in modo da garantire che a tali principi sia dato effetto pratico e che gli appalti pubblici siano aperti alla concorrenza».

garantire «contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici»⁸.

Il *favor participationis* che permea complessivamente un settore così strategico in ambito europeo, anche ai fini dell'effettiva costruzione dello stesso mercato unico, non corrisponde così a una opzione di fondo volta ad allargare *ex se* il perimetro partecipativo ovvero a tutelare le guarentigie partecipative del singolo concorrente alle procedure ad evidenza pubblica; risponde, invece, a una ben precisa scelta di politica del diritto in cui la modellistica partecipativa è strutturalmente e funzionalmente correlata innanzitutto al perseguimento degli interessi pubblici primari alla cui soddisfazione quelle procedure sono preordinate⁹.

Una modellistica partecipativa che, anche in questi casi, rivela una portata intimamente servente e, dunque, strumentale rispetto al risultato che l'amministrazione procedente è chiamata a raggiungere¹⁰.

⁸ Così il considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE, ove si afferma testualmente che «Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo “Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva” (“strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva”), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale».

⁹ In riferimento al collegamento diretto tra *favor participationis* e interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale, *ex multis*, si cfr. Cons. St., sez. V, 12 maggio 2017, n. 2232; Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2017, n. 869; Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2017, n. 4644. Sul differente atteggiarsi della massima partecipazione rispetto alla parità di trattamento, però, si leggano le riflessioni di F. CARDARELLI, S. CARDARELLI, C. TRECROCI, *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2019, 625 ss., secondo cui «mentre la massima partecipazione si lega imprescindibilmente al numero degli operatori coinvolti, è evidente come la parità di trattamento sia saldamente connessa alla sussistenza di una competizione effettiva nella procedura ad evidenza pubblica».

¹⁰ Tanto è vero che, come ha recentemente sottolineato il giudice amministrativo italiano, «Nelle gare pubbliche, al fine di garantire la massima partecipazione alla gara d'appalto, non possono essere esclusi i prodotti che, anche se difforni dal-

A riprova di quanto evidenziato, del resto, si potrebbero richiamare diversi esempi.

Emblematico appare innanzitutto quanto disposto da due disposizioni della direttiva 2014/24/UE che vale la pena richiamare testualmente: la prima è l'articolo 59, paragrafo 4, in forza della quale «L'amministrazione aggiudicatrice può chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura»; la seconda è l'articolo 56, paragrafo 3, secondo cui «Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza».

Orbene, per quanto sulla figura del soccorso istruttorio ci si soffermerà più specificatamente nel prosieguo della trattazione, è però fin da ora interessante notare un aspetto.

La prima previsione richiamata, infatti, pone nitidamente l'accento sul «corretto svolgimento della procedura»; ciò che, in ultima analisi, legittima e giustifica finalisticamente la presentazione, in ambito endoprocedimentale, dei documenti complementari o di parte di essi non è quindi la salvaguardia della posizione partecipativa del singolo candidato od offerente, bensì il regolare espletamento del percorso procedurale in vista del raggiungimento del risultato, consistente anche nella prestazione contrattuale a cui il soggetto individuato all'esito dell'esperimento della procedura competitiva dovrà obbligatoriamente adempiere.

Così facendo, la disposizione di fonte eurounitaria finisce per orientare fortemente il fuoco applicativo della norma stessa in fun-

le specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante, risultino prestazionalmente equivalenti a quelli richiesti»: così TAR Veneto, sez. I, 18 febbraio 2021, n. 236.

zione del risultato da raggiungere, nella misura in cui la presentazione di documenti complementari viene espressamente ricollegata alla necessità di addivenire ad una corretta definizione del procedimento ad evidenza pubblica.

E lo stesso pare potersi predicare anche in relazione alla seconda previsione di matrice europea richiamata: pur non contenendo riferimenti espressi al regolare espletamento della procedura, infatti, la dimensione strumentale entro la quale pare potersi iscrivere la possibilità per gli operatori economici di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione risulta comunque immanente, essendo evidentemente medesima la *ratio legis* sottesa alle due disposizioni¹¹.

In aggiunta a quanto evidenziato, poi, è ancora interessante osservare che il principio della massima partecipazione non solo tende a operare in maniera generale, assumendo le deroghe allo stesso natura eccezionale¹², ma si manifesta altresì con una indiscutibile *vis* espansiva¹³.

¹¹ Tanto più alla luce di quanto si afferma nel considerando n. 84 della medesima direttiva 2014/24/UE ovvero, in particolare, che «L'offerente al quale è stato deciso di aggiudicare l'appalto dovrebbe tuttavia essere tenuto a fornire le prove pertinenti e le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero concludere appalti con offerenti che non sono in grado di produrre le suddette prove. Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche avere la facoltà di richiedere in qualsiasi momento tutti i documenti complementari o parte di essi se ritengono che ciò sia necessario per il buon andamento della procedura» (corsivo aggiunto da chi scrive).

¹² In relazione alla causa di esclusione tipizzata dall'articolo 80, commi 4 e 6, del decreto legislativo n. 50/2016 attinente al requisito della regolare posizione del concorrente in ordine agli obblighi tributari e previdenziali, ad esempio, il giudice amministrativo italiano ha, ancora di recente, sottolineato che tale causa di esclusione «rappresenta una ragionevole eccezione al principio di massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara pubbliche, in quanto realizza l'imprescindibile esigenza della stazione appaltante di relazionarsi solo con operatori economici solvibili, affidabili e corretti, che siano totalmente privi di mende in campo fiscale e contributivo». E infatti «la sicurezza giuridica che gli operatori economici ritraggono dalla univoca formulazione della causa di esclusione e dunque la prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli collegate alla mancanza e alla perdita del requisito della regolarità fiscale o contributiva rendono la causa di esclusione del tutto proporzionata alla realizzazione della massima partecipazione e del confronto concorrenziale»: TAR Lombardia, Milano, sez. I, 9 dicembre 2020, n. 2444.

¹³ A riprova di ciò, del resto, basti pensare al problema relativo all'interpretazione delle clausole del bando e, in particolare, al pacifico orientamento secondo cui «a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di

E ciò non rileva solamente ai fini della ricostruzione concettuale di alcuni dei tratti che ne caratterizzano i contorni, ma risulta particolarmente significativo anche ai fini dell'indagine che si sta conducendo.

Pur trattandosi di un principio che *vive* e trae la propria linfa vitale in un ben determinato settore dell'ordinamento europeo, ovvero quello relativo ai contratti pubblici, resta però il fatto che, complice l'evidente centralità di un siffatto ambito anche ai fini dello sviluppo delle sistemiche finalità unionali, non è senza conseguenze lo stretto collegamento che ivi emerge tra il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, la massima tutela della concorrenza e l'interesse pubblico primario alla selezione dell'impresa più idonea.

gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale»: Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607. Si consideri, ancora, la questione relativa al sopralluogo: in una recente pronuncia, infatti, il giudice amministrativo italiano ha espressamente evidenziato che all'obbligo di sopralluogo va riconosciuto «un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto essendo esso strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (si cfr. Cons. St., sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6033; Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2016, n. 2800; Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 4778) e, tuttavia, ha anche dubitato della correttezza della sua previsione a pena di esclusione dalla partecipazione alla gara nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, sia per la formulazione dell'articolo 79, comma 2, che fa sì riferimento alle ipotesi in cui «le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara», ma solo per farne conseguire la necessità che i termini per la presentazione delle offerte siano calibrati in modo che gli operatori interessati «possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte», senza, dunque, derivarne effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento, e sia per possibile contrasto con i principi di massima partecipazione alle gare e divieto di aggravio del procedimento, ogni qualvolta, per le peculiarità del contratto da affidare, la sua inosservanza in alcun modo impediva il perseguimento dei risultati verso cui era diretta l'azione amministrativa, né il suo adempimento poteva dirsi funzionale a garantire il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara»: così Cons. St., sez. V, 19 gennaio 2021, n. 575.

E non è senza conseguenze proprio perché concorre ulteriormente ad attestare che anche in seno all'ordinamento europeo la partecipazione, addirittura la sollecitazione della più ampia partecipazione possibile, non è univocamente concepita in termini autosatisfattivi, assumendo in taluni casi natura servente rispetto al risultato che attraverso il percorso procedimentale l'amministrazione è chiamata a conseguire.

Vi sarebbe, poi, un ulteriore aspetto da sottolineare: ci si riferisce alla circostanza per cui la strumentalità intrinsecamente correlata al principio della massima partecipazione parrebbe atteggiarsi, almeno per certi versi, diversamente dalle ipotesi richiamate in precedenza; rispetto all'applicazione del criterio dell'ininfluenza causale, ad esempio, qui la natura strumentale del dispositivo partecipativo, avendo riguardo alla dimensione prettamente soggettiva della relazione procedimentale, pare operare direttamente a vantaggio anche dei soggetti privati, ovvero degli operatori economici che intendono prendere o hanno preso parte alla procedura competitiva, oltre alla stessa amministrazione.

Del *favor participationis*, tanto come principio quanto per il tramite degli istituti che ne costituiscono esplicazione, beneficiano cioè direttamente anche i soggetti privati, e non solo le amministrazioni procedenti, finanche nei casi in cui un'applicazione rigorosa del dettato normativo ovvero delle previsioni della stessa *lex specialis* dovrebbe, o avrebbe dovuto, comportarne l'esclusione dalla procedura¹⁴.

Il che, però, si spiega per il fatto che il *favor participationis* risponde, strutturalmente e funzionalmente, alla soddisfazione degli interessi pubblici a cui, nella prospettiva eurounitaria, è correlata la promozione del più ampio confronto concorrenziale possibile¹⁵.

Anche in questo caso, quindi, la strumentalità della partecipazione procedimentale non va concepita come preordinata ad avan-

¹⁴ Corte giust. UE, sez. VIII 28/02/2018 n. 523, nelle cause riunite C-523/16 e C-536/16,

¹⁵ In generale, sull'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici e sull'impatto del diritto europeo con l'emersione dell'interesse all'apertura alla concorrenza, si legga M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.

taggiare in sé e per sé l'amministrazione o i soggetti privati che con questa interagiscono nell'ambito della fattispecie procedimentale, tanto più in ragione dell'esigenza di contemperarne l'applicazione anche con altri principi, a partire evidentemente da quello relativo al rispetto della parità di trattamento tra tutti i partecipanti¹⁶; va, invece, sempre ricondotta e, come tale, iscritta nell'alveo delle interrelazioni tra dinamiche partecipative e risultato da raggiungere attra-

¹⁶ È bene però richiamare quanto evidenziato da M. CLARICH, *Considerazioni su rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss., secondo cui la «la concorrenza è ritenuta generalmente un elemento fondante la disciplina dei contratti pubblici, soprattutto quella di derivazione europea. Tuttavia, se si prendono in considerazione le tre nuove direttive europee in materia di contratti pubblici, recepite in Italia con il nuovo Codice dei contratti pubblici [...] ci si accorge che esse sembrano porre in primo piano una serie di obiettivi diversi da quello della concorrenza. In realtà, la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi dei Trattati in materia di concorrenza, bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive. Da questi principi il considerando 1 della direttiva 2014/24/UE fa derivare i principi della parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza attorno ai quali si sviluppa l'intera disciplina. Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha come fine "di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche". Da queste esigenze discende l'obbligo di osservare "il principio di parità di trattamento degli offerenti", nonché l'"obbligo di trasparenza" al fine di garantire il rispetto del "divieto di discriminazione in base alla nazionalità"». Si v., in questa prospettiva, anche Corte giust. UE, 27 novembre 2001, nelle cause riunite C-285/99 e C-286/99. Sicché, secondo l'a. citato, «la nozione di concorrenza riferita al settore dei contratti pubblici richiede una serie di distinzioni. La dimensione "macro", che considera le pubbliche amministrazioni come attori nel mercato, non può essere confusa con quella "micro", che considera ogni procedura di gara come uno strumento per introdurre un momento di confronto concorrenziale in un singolo atto di scambio. Vero è peraltro che vi è una correlazione tra le due dimensioni nel senso che la somma delle singole gare esperite, cioè dei "mercati in miniatura" artificialmente costruiti dalle stazioni appaltanti in applicazione della normativa europea e nazionale, concorre in ultima analisi ad accrescere la concorrenza nella sua dimensione "macro". Infatti procedure aperte, trasparenti, gestite in modo imparziale hanno effetti positivi a livello di sistema in termini di efficienza e di competitività e, nella prospettiva europea, possono dare un impulso alla crescita del mercato unico».

verso l'azione procedimentale e, dunque, ai fini della soddisfazione degli interessi pubblici primari.

Più in generale, ad ogni modo, ciò che interessava sottolineare tramite gli esempi richiamati è essenzialmente un aspetto, ovvero che anche in seno all'ordinamento europeo si rinvengono tracce della partecipazione strumentale, apparendo così se non meno marcate, comunque per certo versi meno evidenti, le differenze, e le conseguenti tensioni, tra l'ordinamento europeo e quello nazionale¹⁷.

2. *La partecipazione strumentale nell'ordinamento italiano tra previsioni generali e discipline settoriali: il soccorso istruttorio*

Rivolgendo nuovamente l'attenzione all'ordinamento italiano, può innanzitutto sottolinearsi come, oltre a quanto può ricavarsi dalle previsioni di cui all'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, siano molteplici i riferimenti alla dimensione strumentale della partecipazione procedimentale.

Si tratta, in particolare, di riferimenti che emergono sia da disposizioni di rango od operatività generale sia da previsioni rinvenibili nell'alveo delle discipline settoriali.

Tra le disposizioni di portata più generale, un rilievo particolarmente significativo deve riconoscersi all'istituto del soccorso istrut-

¹⁷ I punti di frizione, come osserva M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 18, sono almeno due: il primo riguarda proprio la partecipazione al procedimento e le traiettorie intraprese dal diritto europeo e da quello globale; la seconda, invece, investe il problema per cui «La giurisprudenza della Corte EDU, a volte non senza forzature, mostra di ricondurre ad un concetto generale di sanzione (e quindi all'ambito *criminal*) una parte non secondaria dei provvedimenti sfavorevoli (mi riferisco alle sanzioni interdittive), comprimendo nella sostanza la differenza tra sanzione penale e amministrativa. Proprio una siffatta rappresentazione del provvedimento afflittivo (in futuro, non si può escludere, del provvedimento sfavorevole inteso in senso lato) e la sua attrazione al campo sanzionatorio criminale, classicamente assistito dal rigoroso principio di legalità e dà garanzie partecipative assai ampie, porranno nel breve rilevanti questioni non solo con riferimento alla dequotazione del valore della partecipazione che caratterizza il nostro ordinamento nazionale, ma anche e soprattutto con riferimento ai profili dell'invalidità dei provvedimenti posti a conclusione di procedimenti a partecipazione vulnerata. Quel che per noi, dopo la novella del 2005, è divenuto soltanto *unfair*, potrebbe presto tornare *unlawful*».

torio ricavabile dall'articolo 6, comma 1, lettera b), della legge n. 241/1990; una figura che, d'altra parte, rivela la propria centralità, considerando altresì che del soccorso istruttorio è ben nota la proiezione settoriale nei procedimenti volti all'affidamento dei contratti pubblici¹⁸.

Su entrambe le figure è bene quindi soffermarsi, risultando decisamente interessanti ai fini dell'indagine che si sta conducendo; per quanto forse eccessivo potrà apparire al lettore lo spazio che si dedicherà a queste figure, d'altronde, ad avviso di chi scrive è invece necessario esaminarne con una certa attenzione i contorni, tenendo innanzitutto conto del fatto che una parte molto significativa del dibattito – dottrinale e giurisprudenziale – relativo alla dimensione partecipativa si sviluppa, ormai da diverso tempo, proprio muovendo anche dalle questioni teoriche e applicative che tali istituti pongono all'interprete.

Ai sensi del richiamato articolo 6, comma 1, lettera b), della legge sul procedimento, infatti, il responsabile del procedimento «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete».

Si tratta di una previsione che, correttamente qualificata come «la fonte primigenia» del soccorso istruttorio, è «finalizzata a garantire la massima collaborazione tra privato ed amministrazione pubblica ed il soddisfacimento della comune esigenza alla definizione del relativo procedimento»¹⁹.

¹⁸ «In una prospettiva generale di carattere definitorio è possibile riconoscere come il soccorso istruttorio rappresenti uno strumento di tipo relazionale la cui attivazione consente di configurare un effettivo “dialogo procedimentale” tra stazione appaltante ed operatori economici in merito alla documentazione presentata nell'ambito di una gara. Si tratta, dunque, di un istituto ausiliario riconducibile ad una logica operativa “rimediale” che sottende un più generale principio di sanabilità delle domande erranee od incomplete, la cui disciplina è stata tradotta in forma minimale nella legge n. 241/1990 e successivamente sviluppata in materia di evidenza pubblica. È, infatti, con particolare riguardo alla disciplina dei contratti pubblici che tale strumento ausiliario ha trovato una speciale articolazione, sia per quanto riguarda la sua proceduralizzazione che per quel che concerne la definizione del suo effettivo “perimetro” di operatività»: così E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 624 ss.

¹⁹ Così F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, in *Dir. amm.*, 2019, 3.

Una previsione, dunque, della quale non pare potersi restituire una lettura riduzionista, nel senso di essenzialmente correlata solo a una visione collaborativa delle dinamiche e delle relazioni procedurali tra amministrazione pubblica e soggetti privati, potendo invece iscriversi in termini ben più generali anche nelle logiche della partecipazione strumentale²⁰.

Ad avviso di chi scrive, un primo segno di quanto evidenziato emerge dall'orientamento, ormai prevalente, che legge la disposizione normativa in esame in chiave di doverosità del soccorso istruttorio.

Il già citato articolo 6, comma 1, lettera b), infatti, sembrerebbe attribuire all'amministrazione procedente una mera facoltà, laddove testualmente prescrive che il responsabile del procedimento «può chiedere», e non già *deve* richiedere.

Ormai da diverso tempo, però, il giudice amministrativo e la stessa scienza giuridica qualificano il soccorso istruttorio come un vero e proprio dovere²¹.

Per il giudice amministrativo, in particolare, «la combinazione del principio di proporzionalità con quello di leale collaborazione determinano che l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale deve costituire l'eccezione

²⁰ Secondo il giudice amministrativo di appello, del resto, «il potere di soccorso istruttorio ex articolo 6, comma 1, lettera b), della legge n. 241/990, che riconosce al responsabile del procedimento amministrativo il diritto di chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e ordinare esibizioni documentali, costituisce un istituto generale e, nel particolare settore delle selezioni diverse dall'evidenza pubblica, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione ed orienta l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti posseduti, attenuando la rigidità delle forme»: in questi termini, Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50; sempre nel senso per cui le disposizioni previste dalla medesima disposizione normativa sono funzionali ad assicurare la massima collaborazione tra privato e amministrazione pubblica «nonché il soddisfacimento della comune esigenza alla definizione del relativo procedimento», si cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 novembre 2018, n. 10695.

²¹ In generale, si cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, *passim*; M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 573 ss.; si legga anche S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, Giappichelli, 2008, *passim*; G.M. RACCA, *Richiesta e istanza alla pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubb.*, XIII, Torino, Utet, 1997, 368 ss.

e non la regola, imponendo l'articolo 6 della legge n. 241/1990, in tal caso, l'esercizio del *dovere* di soccorso istruttorio»²².

In quanto «espressione del principio del buon andamento e del dovere di collaborazione esigibile nel procedimento amministrativo», di conseguenza, il soccorso istruttorio «non costituisce una facoltà, bensì un doveroso *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis*»²³.

Un orientamento che, peraltro, è stato via via esteso o comunque affermato pure in relazione ai procedimenti amministrativi interamente telematizzati, segnatamente nelle ipotesi in cui la presentazione della domanda sia assoggettata a rigidi termini di decadenza e la compilazione della stessa si riveli di particolare complessità²⁴; persino in questi casi, infatti, l'amministrazione, «anche a non voler prevedere modalità ulteriori di presentazione della stessa», non può prescindere dal soccorso istruttorio «da tradursi in termini di attività doverosa»²⁵.

Il fondamento di questo orientamento, secondo alcune ricostruzioni, sarebbe da identificarsi nel dovere di correttezza, quale corollario del principio di imparzialità della pubblica amministrazione; proprio il dovere di correttezza, infatti, sarebbe tale da «rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basata sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza»²⁶.

Si afferma così «l'idea di un soccorso “forte” da intendersi come doveroso»²⁷.

²² Così TAR Sardegna, sez. I, 6 giugno 2016, n. 483 (corsivo di chi scrive); si v. anche TAR Campania, Napoli, sez. III, 2 luglio 2018, n. 4353.

²³ In questo senso, TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 10 novembre 2020, n. 709.

²⁴ L'istituto del soccorso istruttorio, del resto, risulta «ancor più rilevante in seno ai procedimenti effettuati con modalità esclusivamente telematiche laddove la scadenza del termine di presentazione della domanda non può essere considerata alla stessa stregua della scadenza del termine di presentazione nell'ambito di un tradizionale procedimento cartaceo, in cui eventuali problematiche (ad esempio, scioperi aerei, incidenti ecc.) rientrano nella comune sfera di diligenza dell'interessato»: TAR Lazio, Roma, sez. III, 15 gennaio 2019, n. 550.

²⁵ Così TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 550/2019 cit.

²⁶ F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 3.

²⁷ Per M. MATTALIA, *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, cit., 580, «Il soccorso istruttorio non è infatti una facoltà della pubblica amministrazione nonostante il dato letterale della norma che potrebbe far pensare ad un

La doverosità del soccorso istruttorio, però, si manifesta in maniera differenziata o comunque non univoca: se, infatti, «nei procedimenti non comparativi dispiega la sua massima portata espansiva», diversamente «nelle procedure selettive pone il problema del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti ed impone, quindi, un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi»²⁸.

In relazione a un concorso pubblico, ad esempio, il giudice amministrativo ha affermato che il c.d. dovere di soccorso istruttorio, sancito nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla *lex specialis*²⁹.

Secondo il giudice amministrativo, in particolare, in questi casi «l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. potere di soccorso, avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la *par condicio*, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura»: il ricorso al soccorso istruttorio, in altri termini, «non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione»³⁰.

soccorso facoltativo (l. n. 241 del 1990, art. 6 lett. b) il responsabile del procedimento "può chiedere"), poiché si è configurato da tempo l'idea di un soccorso "forte" da intendersi come doveroso».

²⁸ «Bilanciamento che la giurisprudenza ha sovente operato avvalendosi della distinzione tra regolarizzazione, generalmente ammessa, ed integrazione documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un *vulnus* del principio di parità di trattamento tra i concorrenti»: così F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 4.

²⁹ In questi termini, TAR Puglia, Lecce, sez. II, 3 gennaio 2017, n. 1.

³⁰ Si v. ancora TAR Puglia, Lecce, sez. II, n. 1/2017 cit.; in un arresto successivo, inoltre, si afferma che «nelle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti, il soccorso istruttorio, [...] non può essere invocato, quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui si configurino in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza – specificati mediante il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'autoresponsabilità – rivenienti il fondamento sostanzia-

Nelle procedure comparative o di massa, ovvero quelle caratterizzate da una ampia platea di concorrenti, la natura doverosa del ricorso al soccorso istruttorio si attenua, scolorisce, prevalendo invece gli obblighi di correttezza che incombono in capo ai soggetti partecipanti³¹; obblighi che, nel rispetto della clausola generale della buona fede e dei principi della solidarietà e dell'autoresponsabilità, impongono a questi ultimi di assolvere ad oneri minimi di cooperazione, come il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare i moduli e di presentare documenti³².

le negli artt. 2 e 97 cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione, quali il dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti; il divieto di un eccessivo formalismo, infatti, incontra in tali procedure il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza (e dunque di efficienza, efficacia ed economicità), dell'azione amministrativa: in questi casi l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti, pubblici o privati che siano»: così TAR Veneto, sez. III, 3 aprile 2019, n. 414.

³¹ Il «"potere di soccorso" costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme»: Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

³² In questo senso, tra le altre, si legga la sentenza del TAR Puglia, Lecce, sez. II, 29 giugno 2015, n. 2179, secondo cui «nei pubblici concorsi la necessità di presentare la domanda di partecipazione con sottoscrizione in originale non è solo frutto di una regola destinata a tutelare la parità tra i concorrenti alla selezione ma è anche coerente, in termini più generali, con il principio di autoresponsabilità atteso che in forza di detto principio, le conseguenze della non conformità della dichiarazione al modello fissato a pena di esclusione dall'amministrazione ricadono inevitabilmente sul dichiarante; né in questo caso può invocarsi il soccorso istruttorio trattandosi di istituto che può operare solo in presenza di profili di incompletezza o di lacunosità della documentazione sanabili con l'attività, per così dire, di supplenza del responsabile del procedimento, ai sensi dell'articolo 6 della legge 7 agosto 1990 n. 241; deve quindi ritenersi che la partecipazione a una procedura selettiva per mezzo di una domanda inoltrata in fotocopia è inficiata da irregolarità radicale e non rimediabile per mezzo del soccorso istruttorio trattandosi di deficit che autorizza a dubitare di trovarsi al cospetto di una dichiarazione di partecipazione ad una procedura selettiva della sua autenticità; in un caso del genere, ammettere la possibilità del soccorso istruttorio significa introdurre surrettiziamente la possibilità di eludere il termine perentorio di presentazione delle domande di partecipazione alla

In queste ipotesi, quindi, «il principio di sanabilità assume una diversa gradazione in considerazione, da un lato, della concorsualità della procedura – *ergo*, dell’obbligo di parità di trattamento dei possibili aspiranti – e, dall’altro, delle tempistiche procedurali – *id est*, del termine perentorio per la presentazione della domanda di partecipazione e del relativo corredo documentale – da rispettare»³³.

In questa prospettiva più generale, e sempre relativamente alle procedure concorsuali, è bene allora richiamare anche la distinzione operata dalla giurisprudenza amministrativa tra i casi di regolarizzazione documentale e quelli di integrazione documentale.

L’integrazione documentale, in particolare, sussisterebbe ogni quale volta rilevino omissioni documentali ovvero inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione, specialmente laddove ci si confronti con clausole dal tenore univoco; la mera regolarizzazione, invece, atterrebbe a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione, traducendosi generalmente nella rettifica di errori materiali o di refusi³⁴.

Ad eccezione dei procedimenti relativi all’affidamento dei contratti pubblici su cui ci si soffermerà più avanti, in quanto caratterizzati da una disciplina speciale fortemente improntata al *favor participationis*, l’integrazione documentale non è ammessa mentre «non vi sono ostacoli per la regolarizzazione»³⁵.

procedura selettiva con conseguenze scongiurabili sotto il profilo della imparzialità e della trasparenza dell’attività amministrativa».

³³ F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 5. Per il giudice amministrativo, di conseguenza, «l’insufficienza nella predisposizione del modulo di domanda non può certamente essere addebitata ai partecipanti al concorso [...] in particolar modo laddove il modulo predisposto dall’amministrazione costituisca l’unica forma possibile di presentazione della domanda»: così TAR Lombardia, Milano, sez. III, 13 gennaio 2016, n. 58; si v. anche TAR Toscana, sez. II, 26 ottobre 2015, n. 1414). In un’altra pronuncia, inoltre, si afferma ancora che «la presentazione, da parte del candidato, entro il termine perentorio previsto dal bando di concorso, di dichiarazioni, documentazione o certificazioni inidonee, ma tali da costituire un principio di prova relativa al possesso del requisito richiesto, costituisce un’irregolarità sanabile»: così TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 febbraio 2019, n. 337.

³⁴ In questo senso, TAR. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, n. 709/2020 cit. nonché, *ex multis*, TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 6 marzo 2020, n. 555.

³⁵ Si cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 7 agosto 2017, n. 3913. Per l’orientamento più restrittivo in forza del quale il soccorso istruttorio, nell’ambito delle pro-

Ciò detto in relazione alla figura del soccorso istruttorio e agli orientamenti dottrinali e soprattutto giurisprudenziali che ne hanno progressivamente definito i contorni – affermandone la doverosità, ancorché più o meno graduata –, un aspetto merita di essere sottolineato, atteso il rilievo che potenzialmente assume anche ai fini dell'indagine.

Ci si riferisce, nello specifico, a un aspetto che emerge proprio dall'analisi di alcuni degli orientamenti giurisprudenziali presi in esame.

In alcune recenti pronunce in tema di concorsi pubblici, ad esempio, si legge testualmente che, in queste ipotesi, «l'attivazione del soccorso istruttorio di cui all'articolo 6 della legge n. 241/90 è tanto più necessaria per le finalità proprie di detta procedura che, in quanto diretta alla selezione dei migliori candidati a posti pubblici, non può essere alterata nei suoi esiti da meri errori formali, come accadrebbe se un candidato meritevole non risultasse vincitore per una mancanza facilmente emendabile con la collaborazione dell'amministrazione»³⁶.

Non solo. In questi casi, per il giudice amministrativo d'appello il «danno, prima ancora che all'interesse privato sarebbe all'interesse pubblico, considerata la rilevanza essenziale della corretta selezione dei dipendenti pubblici per il buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione» ai sensi dell'articolo 97 Cost.³⁷.

cedure comparative e di massa, è fortemente limitato dal principio di autoresponsabilità del concorrente, per cui ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, si v. Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2019, n. 1148; Cons. St., sez. III, 4 gennaio 2019, n. 96.

³⁶ Così Cons. St., sez. V, 22 novembre 2019, n. 7975; TAR Campania, Napoli, sez. V, 3 marzo 2020, n. 1000; si v. anche TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, n. 709/2020 cit.

³⁷ In questi termini, Cons. St., sez. V, n. 7975/2019 cit., secondo cui «in quest'ottica, il limite all'attivazione del soccorso istruttorio coincide con la mancata allegazione di un requisito di partecipazione ovvero di un titolo valutabile in sede concorsuale, poiché, effettivamente, consentire ad un candidato di dichiarare, a termine di presentazione delle domande già spirato, un requisito o un titolo non indicato, significherebbe riconoscergli un vantaggio rispetto agli altri candidati in palese violazione della *par condicio*». E prosegue, ancora, sottolineando che «in ogni altro caso, invece, ove il candidato abbia allegato i titoli da valutare con la diligenza a lui richiesta – specificata dall'Adunanza plenaria nella sentenza 15 febbraio 2014, n. 9 nel fornire informazioni non reticenti e complete, compilare moduli, presenta-

Queste affermazioni, d'altra parte, paiono corrispondere, costituendone quasi una sorta di traiettoria evolutiva nel segno di una sempre maggior consapevolezza circa la *ratio* e finalità ultime a cui risponde il paradigma del soccorso istruttorio, a quanto è stato da tempo evidenziato in diverse pronunce dallo stesso giudice amministrativo in relazione a questa figura. Pronunce, cioè, nelle quali il soccorso istruttorio viene finalisticamente ricondotto nell'ambito della «comune esigenza alla definizione del relativo procedimento»³⁸.

Così facendo, però, pare evidente come, nella prospettiva della giurisprudenza amministrativa, il soccorso istruttorio finisca per caratterizzarsi per una intrinseca strumentalità, su cui è bene a questo punto soffermarsi.

Di un siffatto istituto, del resto, la scienza giuridica ha fornito molteplici letture, per l'appunto anche in ordine alla relativa dimensione teleologica e, tra queste letture, non può non richiamarsi quella per cui l'istituto in questione sarebbe da iscrivere in un orizzonte segnato da un più generale «dovere degli uffici amministrativi di collaborare con i cittadini per il soddisfacimento degli interessi di questi nelle varie procedure amministrative, in particolare di aiutarli nel compimento degli atti»³⁹.

Una autorevole lettura che, ferma restando la necessità di contestualizzarla nel quadro dell'assetto e della cultura del sistema amministrativo dell'epoca nella quale fu enunciata, conserva ancora oggi la propria validità; vero è, però, che la ricostruzione e la conseguen-

re documenti ed altro – il soccorso istruttorio va attivato, qualora dalla documentazione presentata dal candidato residuino margini di incertezza facilmente superabili (cfr. Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2018, n. 257; Cons. St., sez. V, 8 agosto 2016, n. 3540; Cons. St., sez. II, 28 gennaio 2016, n. 838; Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5759), rispondendo tale scelta amministrativa ad un principio di esercizio dell'azione amministrativa ispirata a buona fede e correttezza».

³⁸ Si cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 10695/2018 cit. Si v. anche la sentenza del Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 50, nella quale si afferma che il soccorso istruttorio «costituisce un istituto generale e, nel particolare settore delle selezioni diverse dall'evidenza pubblica, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione ed orienta l'azione amministrativa sulla *concreta* verifica dei requisiti posseduti, attenuando la rigidità delle forme» (corsivo di chi scrive).

³⁹ Così F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 384 ss.; in precedenza, si cfr. anche U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 287 ss.; mentre, più di recente, si legga P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Napoli, Jovene, 2008, spec. 151 ss.

te qualificazione del soccorso come ausilio e, dunque, essenzialmente come *aiuto* che – più o meno doverosamente – l'amministrazione sarebbe chiamata a prestare a favore dei partecipanti non sembra in grado di restituire pienamente alla luce degli itinerari evolutivi dell'ordinamento.

Già da tempo, del resto, si sono levate voci che hanno criticato l'utilizzo della locuzione *soccorso* alla cui base vi sarebbe l'idea di un dovere di aiuto rivolto «verso il concorrente inadempiente», dal momento che «risulterebbe esercitato in danno dei concorrenti in regola con la produzione documentale», ritenendosi più appropriato intenderlo come un «dovere verso la stessa amministrazione che indice la gara»⁴⁰.

Soprattutto, però, vanno senz'altro richiamati gli importanti sforzi ricostruttivi di chi, pur se con esplicito riferimento alla figura del soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica su cui ci si soffermerà più avanti, lo ha «inquadrate entro la logica del risultato», rappresentando «un istituto la cui collocazione non è da leggere esclusivamente nell'ottica di una semplicistica prevalenza della sostanza sulla forma»⁴¹.

Muovendo proprio dagli orientamenti giurisprudenziali formati in relazione alla disciplina dettata dall'articolo 6, comma 1, lettera b), della legge sul procedimento amministrativo, in particolare, si è così osservato «come potesse esservi una dimensione “altra” per il soccorso» che, «pur presupponendo la funzione di garanzia della leale collaborazione tra amministrazione e cittadini, era da inquadrarsi nell'ottica della sollecita definizione dell'intera vicenda procedimentale, in ossequio ai principi generali della legge n. 241/1990»⁴².

⁴⁰ In questi termini, N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 391 ss.

⁴¹ E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 672.

⁴² Ancora, E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 659 ss., il quale sottolinea altresì, richiamando la pronuncia del Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 257, che «La possibilità per il responsabile del procedimento di assegnare un termine “anche in assenza di una specifica previsione normativa per l'acquisizione di

Si tratta, come si può ben comprendere, di acquisizioni decisamente significative per l'indagine che si sta conducendo.

Dagli arresti giurisprudenziali riportati e dai richiamati apporti dottrinali, infatti, emerge un collegamento diretto tra il ricorso allo strumento del soccorso istruttorio e il risultato da perseguire in sede procedimentale; così facendo, però, il soccorso si arricchisce di una portata ulteriore che, ancorché non assorbente, finisce in qualche modo per spiegarne, finanche per certi versi giustificarne, la doverosità.

Si è già dato conto, del resto, della circostanza per cui il disposto di cui all'articolo 6, comma 2, lettera b), della legge sul procedimento, laddove utilizza la locuzione «può chiedere», viene ormai correntemente interpretato e applicato in termini di doverosità.

Se così è, però, ecco allora che per legittimare una così profonda ridefinizione per via interpretativa di ciò che, invece, testualmente la previsione normativa stabilisce, ovvero la *trasfigurazione* di una facoltà in un dovere, non paiono sufficienti i riferimenti al principio di collaborazione; e lo stesso, invero, pare potersi affermare anche accedendo a una impostazione fortemente garantistica relativamente alla posizione procedimentale dei partecipanti.

Né l'una né l'altra, cioè, paiono in grado di proporsi *ex se* come fondamento ultimo della natura doverosa del ricorso allo strumento del soccorso: non si vede, infatti, perché ciò dovrebbe valere solamente per il soccorso istruttorio e non per tutte le altre figure che segnano le interrelazioni tra l'amministrazione procedente e i partecipanti.

Non si comprende, in altri termini, per quale ragione i principi di collaborazione o di garanzia e, per l'effetto, le relative proiezioni funzionali sulla modellistica partecipativa in sede procedimentale dovrebbero dispiegare una tale *vis* espansiva, al punto da travolgere un dato positivo così netto nel senso della facoltatività, esclusivamente per il caso del soccorso istruttorio e non, invece, anche rispetto a tutte le altre figure che compongono e disegnano il paradigma normativo della partecipazione procedimentale.

integrazioni e di chiarimenti in ordine alle istanze delle parti private”, era stata ricondotta anche ai “principi di efficacia ed economicità del procedimento amministrativo”, essendo improntato ad esigenze di ragionevole ed adeguata sollecitudine in vista dell'adozione del provvedimento finale».

Si pensi, in via esemplificativa, al differente itinerario che ha contrassegnato la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda; per lungo tempo, fino alle modifiche che hanno interessato il comma 2 dell'articolo 21-*octies*, la figura del preavviso di rigetto è stata infatti attratta, proprio dalla stessa giurisprudenza amministrativa, nell'alveo applicativo del regime dei vizi non invalidanti, subendo un processo tendenzialmente dequotativo.

Eppure, come si è già più volte sottolineato, il preavviso di rigetto, quale momento endoprocedimentale a contraddittorio necessario, è certamente manifestazione positiva anche di una "visione" garantistica della partecipazione procedimentale, rispondendo per ciò solo ai relativi principi e alle corrispondenti logiche; una visione però che, proprio in relazione ad uno degli istituti maggiormente rappresentativi, non ha retto l'urto – al punto da richiedere di recente un intervento diretto del legislatore – degli orientamenti giurisprudenziali che avevano progressivamente esteso l'applicazione dei vizi non invalidanti anche a questa ipotesi, ma che, per altro verso, dovrebbe all'apposto ergersi a fondamento di una riconfigurazione, altrettanto profonda, del dettato normativo in termini invece di doverosità del soccorso.

Il corto circuito è allora evidente nella misura in cui il principio dovrebbe estrinsecarsi in funzione promozionale e rafforzativa delle logiche e delle finalità difensive che lo animano per il caso del soccorso istruttorio, atteggiandosi diversamente in riferimento alle altre figure che alla partecipazione difensiva possono essere più o meno funzionalmente ricondotte; a ben vedere, infatti, ci si è pocanzi soffermati sulle palesi distonie logico-giuridiche che ne derivano rispetto al trattamento riservato al preavviso di rigetto, ma lo stesso discorso potrebbe per certi versi farsi anche in ordine alle forme e alle modalità di esercizio dei diritti partecipativi, sia da parte degli intervenitori necessari sia da parte di quelli facoltativi, alle ulteriori prerogative che l'articolo 6 della legge n. 241/1990 riconosce al responsabile del procedimento, alla portata dell'onere motivazionale e così via.

Davvero non si comprende, quindi, perché la dimensione difensiva dovrebbe fondare una rilettura così invasiva del dato normativo solamente per quanto concerne il soccorso istruttorio e non già anche relativamente agli altri istituti che, più o meno indirettamente, partecipano della medesima natura.

Considerazioni analoghe, poi, potrebbero essere svolte anche per la dimensione collaborativa della partecipazione procedimentale: se, infatti, la doverosità del soccorso si potesse giustificare esclusivamente attraverso un generico richiamo alla collaborazione tra amministrazione procedente e interessati, non si spiegherebbero pienamente, al netto forse solo di quella inerente alla *par condicio* nelle procedure concorsuali, alcune delle limitazioni che comunque l'indirizzo giurisprudenziale prevalente vuole siano rispettate all'atto di ammettere il soccorso stesso⁴⁵; e tutto ciò, per quanto tautologico possa sembrare, innanzitutto in forza della valenza inevitabilmente assorbente che dovrebbe essere conseguentemente riconosciuta al concreto dispiegarsi del principio collaborativo nell'ambito del rapporto amministrativo venutosi ad instaurare una volta avviato il procedimento in questione.

Il problema del fondamento della doverosità del soccorso istruttorio va allora impostato diversamente; un problema che, come anticipato, chi scrive ritiene possa risolversi proprio valorizzando i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali precedentemente evocati.

Tutte le volte in cui, stabilendo la natura doverosa del soccorso, il giudice amministrativo rimanda, in generale, alla «comune esigenza alla definizione del relativo procedimento» ovvero, nel caso delle procedure concorsuali, anche alla necessità di selezionare i «migliori candidati a posti pubblici», correndosi altrimenti il rischio di dan-

⁴⁵ «Ai sensi dell'articolo 6 della legge n. 241/1990 è prevista la generale possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta (c.d. soccorso istruttorio); anche «se non è previsto un obbligo assoluto e incondizionato in tal senso, dovendo comunque essere rispettati alcuni limiti, quali quello della *par condicio* (che ne esclude l'utilizzazione suppletiva nel caso dell'inosservanza di adempimenti procedurali significativi) ed il c.d. limite degli elementi essenziali (nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda), detta norma va necessariamente applicata dall'amministrazione qualora gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione ad una procedura come quella che occupa non espressamente documentato, come nel caso di specie»; il dovere di soccorso istruttorio «è quindi subordinato, oltre che al rispetto di detti limiti, alla esistenza in atti di dichiarazioni che siano state effettivamente rese, ancorché non in modo pienamente intellegibile o senza il rispetto dei requisiti formali»: così Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248.

neggiare «l'interesse pubblico», lo stesso ne sta – invero – affermando l'intrinseca strumentalità rispetto al risultato da perseguire.

È il perseguimento del risultato, sempre da intendere nel significato di cui si è dato conto, e il rilievo che ha progressivamente assunto nell'azione amministrativa, nel solco delle logiche e delle correnti efficientistiche su cui ci si è soffermati nel capitolo precedente, che concorrono a determinare i presupposti e a preconstituire le condizioni per una così invasiva opzione adeguatrice del dettato normativo.

Il fondamento della doverosità del soccorso, in altri termini, non va ricercato nel tentativo di rafforzare le garanzie partecipative, e dunque essenzialmente a vantaggio dei partecipanti, né tanto meno nel quadro dell'ulteriore consolidamento della dimensione collaborativa della partecipazione procedimentale in senso stretto, e dunque a beneficio anche della stessa amministrazione procedente, quanto piuttosto nella tensione efficientistica verso il raggiungimento del risultato, ovvero nella piena soddisfazione dei fini determinati dalla legge, che permea sempre più l'azione amministrativa.

Ciò che, tra l'altro, consente non solo di giustificare la graduazione, la parziale cedevolezza, ogni qual volta lo stesso raggiungimento del risultato presupponga necessariamente, per la stessa natura dell'interesse pubblico a cui si deve corrispondere, un bilanciamento tra i contrapposti interessi come, nel caso delle procedure concorsuali, quelli involgenti o comunque inerenti alla *par condicio* tra i candidati.

Soprattutto, poi, permette, se non di ricondurre ad unità, quanto meno di rinvenire una matrice comune tra i già richiamati orientamenti giurisprudenziali relativi all'applicazione del comma 2 dell'articolo 21-*octies* e quelli, appena esaminati, riguardanti invece il soccorso istruttorio⁴⁴; una matrice comune che, però, non si estrinseca soggettivamente, e dunque a vantaggio dell'amministrazione o dei

⁴⁴ Di «comune *ratio* rappresentata dalla scelta in chiave sostanzialistica operata dal legislatore» in relazione «al rapporto tra la generale figura del soccorso istruttorio e quella del provvedimento non annullabile *ex art. 21-octies*, comma 2, della l. n. 241/1990» parla E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 654, richiamando le pronunce del Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 975 e del TAR Piemonte, sez. I, 29 gennaio 2018, n. 135.

partecipanti, né si manifesta in un'ottica meramente sostanzialistica, nel senso di una generica prevalenza della sostanza sulle forme, ma si esprime nella strumentalità dell'intera sequenza procedimentale, comprese le stesse dinamiche partecipative, rispetto all'adozione del provvedimento migliore in rapporto all'interesse astrattamente voluto dalla legge⁴⁵.

Tutto quanto testé rilevato è, d'altronde, persino più evidente rivolgendo l'attenzione alla figura del soccorso istruttorio nei procedimenti di aggiudicazione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

3. segue: *il soccorso istruttorio nei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

La vicenda ordinamentale del soccorso istruttorio nei procedimenti competitivi per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴⁶ si caratterizza per una traiettoria tanto "artico-

⁴⁵ Così F. TRIMARCHI BANFI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1117, sottolinea la sussistenza di «una sequenza logica lungo la quale ordinare le regole del procedimento ed i connessi diritti procedimentali, cosicché questi ultimi sono tutelati nei limiti della funzione protettiva che è loro assegnata».

⁴⁶ La bibliografia in tema di attività contrattuale della pubblica amministrazione è sconfinata. Ancorché non esaustivo, valga pertanto il rinvio alle seguenti opere: C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Ristampa varitipica dell'edizione del 1957, Firenze, Cya, 1954; G. ROEHRSEN, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1959; O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 986 ss.; F. LEDDA, *Il problema dei contratti nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1965; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986; S. PERONGINI, *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 343 ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit.; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999; A. CARULLO, *Appalti pubblici*, in *Enc. dir.*, agg., V, Milano, Giuffrè, 2001, 79 ss.; A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura

lata” quanto “tormentata”, oscillando «tra continui mutamenti legislativi e tentativi di delimitazione della sua latitudine applicativa», rivelandosi così particolarmente interessante ai fini dell’indagine⁴⁷.

Vale quindi la pena ripercorrerla nei tratti essenziali che l’hanno contraddistinta: a tal fine, potendo prescindere in questa sede da una puntuale ricostruzione del quadro normativo antecedente all’entrata in vigore del previgente decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è proprio dal relativo articolo 46 che si possono prendere le mosse⁴⁸.

di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 1547 ss.; G. PERICU, M. GOLA, *L’attività consensuale dell’amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, *Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, Monduzzi, 2005, 283 ss.; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, Pisa University Press, 2011; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012. Per una approfondita ed articolata analisi del tema, anche per la ricchezza dei rinvii bibliografici lì operati, si cfr. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016. Più in generale, sull’attività amministrativa di diritto privato, si v. A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell’attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubb.*, 1938, 455 ss.; M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, 988 ss.; S.A. ROMANO, *L’attività privata degli enti pubblici. Problemi generali. La capacità giuridica privata*, Milano, Giuffrè, 1979. Per l’importanza che assume anche ai fini delle riflessioni svolte in questo paragrafo, sul tema della rilevanza dell’interesse pubblico nelle vicende contrattuali della pubblica amministrazione, si cfr. C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in ID. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione, Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, Torino, Utet, I, 2007, 53 ss.; in termini non dissimili, si cfr. anche ID., *Interesse pubblico e contratto*, in A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, I, Napoli, Editoriale Scientifica, I, 2010, 471 ss.

⁴⁷ In questi termini, E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 627 ss.

⁴⁸ Rammenta F. SAIITA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 3, che «l’utilizzo del soccorso istruttorio nelle procedure di scelta del contraente è alquanto risalente nel tempo, avendo formato oggetto della direttiva n. 71/305/CEE in materia di lavori pubblici, che all’articolo 27 facultava l’amministrazione aggiudicatrice ad “invitare l’imprenditore a completare i certificati e documenti presentati o a chiarirli”»; nell’ordinamento italiano, «prima di essere codificato nel 2006, l’istituto aveva trovato accoglienza nei decreti legislativi del 1991, 1992 e 1995 in materia, rispettivamente, di lavori, forniture e servizi pubblici». Si cfr., in particolare, l’articolo 16 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e l’articolo 15 del decreto legislativo 14 luglio 1992, n. 358. Per una esaustiva analisi delle vicende ordinamentali che hanno caratterizzato il soccorso istruttorio nella materia dei contratti pubblici, si cfr. F. APERIO BELLA, S. CALDARELLI, E.M.

In recepimento dell'articolo 51 della direttiva 2004/18/CE, infatti, il legislatore delegato del 2006 aveva innanzitutto codificato la regola in forza della quale «le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati», ancorché «nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45».

Ebbene, la formulazione della richiamata previsione normativa, oltre a riproporre anche in questo ambito il problema della natura del potere riconosciuto alla stazione appaltante, delimitava la possibilità di ricorrere al soccorso per completare ovvero chiarire il contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni inerenti al possesso dei requisiti di partecipazione, di ordine generale e speciale, già presentati: di conseguenza, «l'istituto non poteva essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta», dovendo il concorrente «subire le conseguenze di eventuali errori commessi in tal senso, non potendo regolarizzare la propria posizione dopo la scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione»⁴⁹.

In seguito, però, si assistette alla progressiva affermazione della portata «sostanzialistica» del soccorso istruttorio, sia attraverso l'introduzione del comma 1-bis nel testo dell'articolo 46 sia per effetto di alcuni pronunciamenti dello stesso giudice amministrativo di appello⁵⁰.

SANTORO, S. TRANQUILLI, *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, *Soggetti qualificazione regole comuni alle procedure di gara*, Milano, Giuffrè, 2019, 1467 ss.

⁴⁹ F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 6-7.

⁵⁰ Il comma 1-bis nel *corpus* dell'articolo 46 del decreto legislativo n. 163/2006 è stato introdotto dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106. Nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, si cfr. soprattutto la decisione del Cons. St., ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, segnatamente laddove si afferma che «In relazione alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, l'introduzione della tassatività delle cause di esclusione e l'esatta individuazione dell'essenza del "potere di soccorso", sanciti dal novellato articolo 46 del medesimo codice, rendono evidenti, da un lato, il venir meno di talune criticità messe in luce dall'ordinanza di rimessione, dall'altro, l'inaccogliabilità di alcune suggestioni esegetiche prospettate dalla medesima ordinanza; in particolare: a) l'innovativa novella al codice dei contratti pubblici ha ridotto drasticamente la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che l'amministrazione

Ulteriore impulso, sempre nella medesima prospettiva, venne poi dato anche dall'inserimento del comma 2-bis nel testo dell'articolo 38 che stabiliva espressamente, nelle «ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni anche di soggetti terzi», l'*obbligatorietà* della regolarizzazione delle dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti di ordine generale⁵¹.

Questa «inversione di prospettiva rispetto alla precedente configurazione dell'istituto» era stata puntualmente colta dalla scienza giuridica, ricevendo l'avvallo anche della stessa autorità di regolazione⁵².

Rispetto al quadro che si era andato così configurando, si aprì allora un dibattito «in ordine alla possibilità di individuare uno spazio concettuale entro cui poter ancora collocare eventuali carenze di carattere essenziale non suscettibili di sanatoria in virtù del principio della *par condicio* dei concorrenti ed erano stati individuati dei limiti invalicabili nell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, nella certezza in ordine alla sua provenienza, nel rispetto del principio di

ha perso la facoltà di inserire nel bando, al di fuori della legge, la previsione che un determinato adempimento sostanziale, formale o documentale sia richiesto a pena di esclusione; b) in quest'ottica è stata eliminata in radice la lamentata stortura di un sistema che consentiva alla stessa Amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, *indipendentemente da ogni verifica sulla valenza "sostanziale" della forma documentale omessa*; c) parimenti non può trovare ingresso, al contrario di quanto suggerito dalla VI Sezione, l'applicazione del principio processuale civilistico della sanatoria dei vizi formali per il raggiungimento dello scopo, rispondendo tale istituto ad una logica diversa da quella che connota il procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale» (corsivo di chi scrive).

⁵¹ La novella dell'articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006 veniva disposta dall'articolo 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114.

⁵² Si cfr. F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 7; ID., *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, in *Giur. it.*, 2015, 249 ss.; per l'autorità di regolazione, inoltre, in virtù della novella luce era «generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara» (ANAC, deter. 8 gennaio 2015, n. 1).

segretezza e nell'inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara»⁵³.

L'evoluzione ordinamentale successiva è altrettanto nota: si perviene, infatti, al recepimento delle direttive europee del 2014 e alla conseguente approvazione, attraverso il decreto legislativo n. 50/2016, del nuovo codice dei contratti pubblici⁵⁴.

Il soccorso istruttorio viene così disciplinato dall'articolo 83, comma 9, oggetto a sua volta di successive modificazioni rispetto alla versione originaria: in prima battuta, infatti, si stabiliva la possibilità di sanare, a fronte del pagamento di una sanzione pecuniaria, le «carenze di qualsiasi elemento formale della domanda», segnatamente «la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica», mentre la regolarizzazione delle «irregolarità formali ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali» era ammessa a titolo non oneroso⁵⁵.

⁵³ F. SAIITA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 8, richiamando il contributo di E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., spec. 264 ss.

⁵⁴ In attuazione della delega prevista dalla legge 28 gennaio 2016, n. 11, in particolare dall'articolo 1, comma 1, lettera z). Per una approfondita analisi delle divergenze che hanno caratterizzato l'approccio europeo (su cui, in particolare, si cfr. G.D. COMPORI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 2015, n. 6, 1 ss.) e quello nazionale nella definizione della disciplina dei contratti pubblici, nonché sui profili della «[p]erdurante instabilità» della normazione domestica, si cfr. G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, 3 ss.

⁵⁵ Per R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 504 ss., la (prima) disciplina recata dal decreto legislativo n. 50/2016 appariva «ancora piuttosto contorta e fonte di dubbi esegetici» (526), tra i quali, anche per la persistente attualità, si segnala il profilo concernente l'assenza di una puntuale distinzione tra i vizi essenziali e quelli non essenziali: «anziché farsi una distinzione tra vizi essenziali insanabili e vizi non essenziali sanabili, è stata introdotta, all'interno dei vizi essenziali, una partizione tra sanabili e insanabili» (527). Il che è peculiare, tenuto conto che la formazione e la conoscenza (quindi, la certezza del diritto o, quantomeno, la relativa chiarezza) rappresentano «il presupposto della linearità e della legalità dell'azione amministrativa», specialmente «in un settore altamente complesso qual è quello dei contratti pubblici»: così M. DUGATO, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore*

In relazione a questa prima formulazione, un aspetto venne immediatamente segnalato come fortemente innovativo e, cioè, «la possibilità di avvalersi del soccorso istruttorio non soltanto per regolarizzare, ma anche per integrare», ivi per taluni scorgendosi «uno stimolo ad una diversa interpretazione del significato del principio della *par condicio*», «la cui piena precettività pare adesso circoscritta a quella sfera negoziale intangibile che coincide con i contenuti tecnici ed economici dell'offerta»⁵⁶.

Il testo del comma 9 dell'articolo 83 è stato tuttavia modificato nel 2017, ammettendosi il ricorso al soccorso istruttorio in relazione alle «carenze di qualsiasi elemento formale della domanda», comprese la «mancanza, incompletezza e [...] ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica»⁵⁷.

degli appalti pubblici, in *Munus*, 2015, 667 ss., spec. 672, il quale enumera proprio il soccorso istruttorio tra i dispositivi giuridici di maggior rilievo nella formazione dei funzionari pubblici.

⁵⁶ Ancora, F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 9, riprendendo E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, cit., spec. 291. Sebbene in relazione alla disciplina recata dalla direttiva 24/2014/UE, in merito all'integrazione documentale, L. TORCHIA, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss., spec. 325, abbia osservato che la previsione inerente alla disciplina degli oneri dichiarativi e concernente la «piena possibilità di integrazione documentale», sembrerebbe «richiamare e consolidare la versione più ampia e sostanzialista del c.d. soccorso istruttorio, fino a consentire la presentazione di documenti ulteriori, come del resto prevede la direttiva».

⁵⁷ Le modificazioni sono state apportate dall'articolo 52, comma 1, lettera d), del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56. In relazione alla scelta di eliminare l'istituto del soccorso a pagamento, in sede consultiva, il Consiglio di Stato aveva peraltro osservato che «effettivamente, la modifica proposta risulta conforme alla delega, ancorché si potrebbe ritenere, a rigore, che la non onerosità riguardi i soli casi di 'integrazione documentale' e non anche le ipotesi in cui il soccorso istruttorio miri a sopperire alla totale mancanza di un documento». Non può tuttavia dirsi «scontata la tesi secondo cui la previsione di un ragionevole contributo imposto all'operatore economico si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione europea, dal momento che il tema della gratuità od onerosità del soccorso istruttorio non è affrontato esplicitamente dalla direttiva e non ha ancora formato oggetto di pronunce della CGUE e, tanto meno, di procedure di infrazione». D'altronde, più in generale, «occorre considerare che, a fronte dell'ampio perimetro di operatività del soccorso istruttorio, è ragionevole far gravare sul concorrente che vi ha dato causa, se non una sanzione, quanto meno le spese sostenute dalla stazione appaltante (e in

Si tratta della versione a tutt'oggi vigente nella quale, oltre a venir meno il soccorso istruttorio a titolo oneroso e dunque il pagamento di qualsivoglia sanzione pecuniaria⁵⁸, si stabilisce che per «irregolarità essenziali non sanabili» devono intendersi «le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»⁵⁹.

L'esito del tortuoso percorso che ha contrassegnato la vicenda ordinamentale del soccorso istruttorio in materia di contratti pubbli-

ultima analisi dalla collettività) derivanti dall'aggravio procedimentale e dalla dilatazione dei tempi necessari per realizzare la prescritta integrazione documentale». Vero è, infatti, che «l'eliminazione delle sanzioni per il soccorso istruttorio priva il sistema dell'unico strumento di deterrenza, e potrebbe implicare il generalizzarsi di comportamenti poco virtuosi degli operatori, di disattenzione o di negligenza, con il rischio concreto di un ulteriore allungamento delle procedure»; «non sembrandovi essere adeguato spazio nell'ambito dell'esercizio della delega», di conseguenza, il Consiglio di Stato aveva suggerito «una possibile soluzione a diritto vigente» ovvero quella «di considerare la non necessità di ricorso alla procedura di soccorso istruttorio un indizio della virtuosità dell'impresa, e dunque un elemento valutabile ai fini del *rating* di impresa»: così Cons. St., comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782. Un suggerimento, invero, accolto attraverso la riformulazione del successivo comma 10 dell'articolo 85.

⁵⁸ Modifica, questa, che – nella prospettiva tracciata da G.D. COMPORI, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 177 ss. –, agendo attraverso la rimozione del «sinistro alone sanzionatorio che avvolge l'istituto del soccorso istruttorio» (186), dovrebbe partecipare alla revisione di quel «dominio» del «valore ordinante dei tradizionali schemi procedurali» (184-185), evidentemente antagonista rispetto ai tentativi di affermazione di una «logica operativa «più ampia e duttile», che guarda alla «sostanza economica» dell'affare» (183).

⁵⁹ Ai sensi dell'articolo 83, comma 9, in particolare, nelle ipotesi di mancanza, incompletezza nonché di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, la sequenza subprocedimentale del soccorso istruttorio si articola in una prima fase nella quale, una volta riscontrata la sussistenza della pretesa carenza, la stazione appaltante è tenuta a comunicare tale circostanza al concorrente assegnandogli un termine, non superiore a dieci giorni, affinché possa rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni all'uopo necessarie. La stazione appaltante è, inoltre, obbligata sia a specificarne i contorni sia a precisare il nominativo o la denominazione dei soggetti che le devono rendere. Successivamente, entro il termine assegnatogli, il concorrente è chiamato a presentare, a pena di esclusione, le dichiarazioni oggetto dell'azione di soccorso. Diversamente, a seguito dell'inutile decorso del termine assegnato ai fini della regolarizzazione, il concorrente sarà escluso dalla procedura di gara in corso. Per un primo commento della riforma del soccorso istruttorio, siccome prevista dal correttivo del 2017, si cfr. F. MASTRAGOSTINO, *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2017, 745 ss.

ci è, pertanto, quello per cui viene a tutt'oggi ammessa la possibilità di sanare le eventuali carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, fatte salve quelle espressamente escluse⁶⁰.

Gli orientamenti giurisprudenziali formati a seguito della novella normativa possono dirsi sostanzialmente coerenti non solo con il dettato positivo, ma – più in generale – anche con la *ratio*, lo spirito, di cui la previsione è portatrice⁶¹.

Dall'ambito applicativo della figura del soccorso istruttorio sono state così specificatamente escluse le mancanze involgenti sia i contenuti dell'offerta economica e dell'offerta tecnica sia, in termini più ampi, le carenze documentali di portata tale da non permettere l'identificazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa⁶².

⁶⁰ Si è così potuto osservare che «il correttivo ha, dunque, da un lato, smentito le conclusioni raggiunte dall'ANAC nel 2015 e fatte proprie dal codice del 2016 circa le tre tipologie di irregolarità o carenze documentali (quelle essenziali regolarizzabili previo pagamento di una sanzione; quelle formali o non essenziali, regolarizzabili senza pagamento di sanzione; quelle essenziali e non regolarizzabili); dall'altro, confermato la sensazione che non potesse farsi a meno di prevedere delle carenze di carattere essenziale insuscetibili di sanatoria connesse all'inalterabilità del contenuto dell'offerta ed alla certezza in ordine alla sua provenienza»: F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 9-10.

⁶¹ Per una esaustiva e recente rassegna giurisprudenziale circa l'applicazione del soccorso istruttorio nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica, si cfr. R. DE NICOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, Zanichelli, 2020, 958 ss.

⁶² È stato così evidenziato che la mancata allegazione del cronoprogramma non è sanabile mediante il ricorso alla procedura del soccorso istruttorio: il cronoprogramma, infatti, «assurge ad elemento essenziale dell'offerta rappresentando impegno negoziale sul rispetto della tempistica delle singole fasi lavorative e certificando la serietà della complessiva offerta contrattuale, almeno in relazione ai tempi di esecuzione»: sicché, «ove il cronoprogramma sia stato previsto non solo formalmente ma, soprattutto, sostanzialmente quale elemento imprescindibile per la valutazione della serietà dell'offerta dalla sua mancata allegazione può legittimamente farsi discendere la sanzione dell'esclusione dell'impresa concorrente inadempiente»: TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 febbraio 2017, n. 1020. Ancora, si è ulteriormente precisato che «l'indirizzo giurisprudenziale estensivo in ordine al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici formatosi nei confronti di irregolarità formali della cauzione provvisoria (Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7580; Cons. St., sez. III, 13 giugno 2018, n. 3635; Cons. St., sez. V, 10 aprile 2020, n. 2359; Cons. St., sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138) può in linea generale essere applicato anche al termine di efficacia della cauzione, il cui prolun-

Contorni emblematici assume, ancora, la questione relativa all'ammissibilità del soccorso istruttorio in relazione alla dichiarazione d'impegno dell'impresa ausiliaria.

Secondo un primo orientamento, infatti, «poiché la dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria è un atto essenziale, ai fini dell'operatività dell'istituto dell'avvalimento, in quanto costituisce lo strumento attraverso il quale l'ausiliaria assume un obbligo giuridico diretto nei confronti della stazione appaltante», deve ritenersi che «la dichiarazione in questione non possa essere acquisita attraverso il soccorso istruttorio»⁶³.

Secondo l'orientamento ormai prevalente, invece, occorre «verificare la data della dichiarazione che, se certa ed anteriore alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, renderebbe comunque configurabile il soccorso istruttorio»: la data certa della dichiarazione dell'ausiliaria costituisce, d'altronde, la prova del perfezionamento del contratto di avvalimento prima della scadenza dei termini di partecipazione alla gara, escludendo dunque che si ponga un problema di validità del contratto stesso, del quale «è peraltro pacificamente ammessa la natura di contratto con forma scritta *ad substantiam actus*, e così rendendo ammissibile il soccorso istruttorio»⁶⁴.

Certo, non mancano arresti da cui traspaiono echi, più o meno velati, di una visione riduttivistica dell'ambito di operatività, oltre che delle stesse finalità, della figura del soccorso.

In alcune pronunce, ad esempio, il perimetro applicativo dell'istituto viene apparentemente ricondotto nell'alveo della mera sanatoria di errori materiali o refusi, quali ipotesi in cui si assiste a «una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da una mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta, e che deve emergere *ictu oculi*, cosicché la sua eliminazione

gamento consentito dal garante per renderlo conforme alla normativa di gara dimostra *a posteriori* che il merito di credito del concorrente era esistente sin dall'inizio, e che dunque non vi è stata alcuna lesione della *par condicio competitorum*; peraltro, nel caso di specie l'adeguamento al termine previsto dalla normativa di gara si è sostanziato in un'integrazione di ordine esclusivamente formale, che rende *a fortiori* applicabile il soccorso istruttorio»: Cons. St., sez. V, 19 aprile 2021, n. 3166.

⁶³ Si v. TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, 9 settembre 2020, n. 9408.

⁶⁴ Si cfr. Cons. St., sez. V, 28 agosto 2019, n. 5747.

non esige alcuna attività correttiva del giudizio, che deve restare invariato, dovendosi semplicemente modificare il testo in una sua parte, per consentire di riallineare *in toto* l'esposizione del giudizio alla sua manifestazione»⁶⁵.

Pronunce, in particolare, in cui la ricerca dell'effettiva volontà del concorrente è ammissibile «soltanto in presenza di un semplice errore materiale nella formulazione dell'offerta» e, dunque, «a condizione che tale errore sia rilevabile *ictu oculi*, dal contesto stesso dell'atto e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima, né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente»⁶⁶.

Trattasi, però, di pronunce in cui, in realtà, l'oggetto del giudizio investe essenzialmente il problema della correzione dell'errore materiale nella formulazione dell'offerta così come presentata quale errore «direttamente emendabile» che «presuppone, con la sua rilevanza *ictu oculi* dal contesto dell'atto, la presenza di una volontà agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque»; un errore, cioè, «immediatamente percepibile, maturato in un contesto nel quale sia possibile ricostruire in modo inequivoco quale fosse la volontà effettiva del concorrente, in modo da elidere la possibilità che la correzione dell'errore divenga uno strumento per modificare o integrare l'offerta, e dunque per compiere un'inammissibile attività manipolativa»⁶⁷.

Anche in questi casi, quindi, gli orientamenti si iscrivono, a ben vedere, nel solco dell'itinerario richiamato, coltivandosi un approccio espansivo, più che meramente estensivo, del dettato normativo, nella misura in cui si riferiscono alla correzione di errori inerenti all'offerta presentata dal concorrente⁶⁸.

⁶⁵ Così TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 3 dicembre 2020, n. 800; si cfr. anche TAR Lombardia Brescia, sez. I, 18 febbraio 2020, n. 137; TAR Veneto, sez. I, 29 marzo 2019, n. 395.

⁶⁶ Cons. St., sez. V, 13 ottobre 2016, n. 4237; TAR Lazio, Roma, sez. II, 21 febbraio 2018, n. 2016.

⁶⁷ TAR Lazio, Roma, sez. I-bis, 28 maggio 2019, n. 6690; TAR Lazio, Latina, 10 dicembre 2018, n. 631; si v. anche Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 978.

⁶⁸ Rimane ovviamente escluso, invece, il soccorso istruttorio relativamente alle carenze strutturali dell'offerta: se, infatti, «le rilevate lacune riflettono una carenza essenziale dell'offerta, tale da determinarne incertezza assoluta o indetermi-

È, in altri termini, l'ipotesi del c.d. soccorso procedimentale, da distinguere da quella del soccorso istruttorio⁶⁹; ciò che è soprattutto interessante sottolineare, però, è che questo indirizzo interpretativo è dalla giurisprudenza amministrativa tratto direttamente dallo stesso «sistema normativo degli appalti pubblici» quale «possibilità», sempre coerentemente con quanto previsto dall'articolo 83, di attivare una ulteriore forma di soccorso «utile per risolvere dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica, tramite l'acquisizione di chiarimenti da parte del concorrente che non assumano carattere integrativo dell'offerta, ma che siano finalizzati unicamente a consentirne l'esatta interpretazione e a ricercare l'effettiva volontà del partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità»⁷⁰.

Per il giudice amministrativo, quindi, il soccorso procedimentale non viola i limiti di ammissibilità fissati dall'articolo 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici, in quanto «il chiarimento utile a dirimere il dubbio non costituisce una modifica dell'offerta tecnica presentata in sede di gara», «né apporta dati correttivi o manipolativi», limitandosi «a confermare la portata di elementi già in essa contenuti, ovvero a fornire riscontro della “svista” occorsa nella compilazione dell'offerta»⁷¹.

natezza del suo contenuto», non è possibile ricorrere né al soccorso istruttorio ai sensi dell'articolo 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50/2016 (Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2019, n. 1030) né all'intervento «suppletivo» del giudice (Cons. St., sez. III, 19 agosto 2020, n. 5140).

⁶⁹ Sulle differenze tra soccorso istruttorio e soccorso procedimentale, si v. la pronuncia del Cons. St., sez. III, 9 febbraio 2021, n. 1225.

⁷⁰ Così Cons. St., sez. III, n. 1225/2021 cit.; si v. anche Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680 nonché, in precedenza, Cons. St., sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2014, n. 5196; Cons. St., sez. V, 27 marzo 2013, n. 1487.

⁷¹ Cons. St., sez. III, n. 1225/2021 cit. Si registrano, invero, anche pronunce dalle quali traspare un approccio per certi versi più restrittivo: si è affermato, ad esempio, che «l'istituto del soccorso istruttorio, ai sensi del comma 9 dell'articolo 83 del decreto legislativo n. 50/2016, non può essere attivato per sanare irregolarità anche formali della offerta tecnica o economica» (TAR Toscana, sez. I, 16 gennaio 2020, n. 35), ponendo di conseguenza l'accento sulla circostanza per cui «l'errore materiale della offerta deve essere tale da poter essere rettificato d'ufficio senza ausili esterni» (TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 4 luglio 2018, n. 1650; TAR Toscana, sez. III, 24 luglio 2020, n. 970; TAR Umbria, Perugia, sez. I, 4 dicembre 2020, n. 542).

Ciò, invero, sebbene in relazione alla previgente disciplina recata dal decreto legislativo n. 163/2006 la possibilità di introdurre modifiche all'offerta in sede di

Nel caso di «dubbi riguardanti gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica», possono essere quindi richiesti chiarimenti al concorrente, fermo restando il divieto di integrazione dell'offerta; chiarimenti che, in particolare, sono ammessi dal giudice amministrativo essendo funzionali a permettere «l'interpretazione delle offerte» e, per ciò solo, a «ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte»⁷².

soccorso istruttorio sia stata sostenuta da una parte della dottrina amministrativistica in termini piuttosto netti: si è, ad esempio, ritenuto che «la resa e l'integrazione delle dichiarazioni e dei documenti consentano una modifica *in itinere* dell'offerta, benché il parere del giudice amministrativo e dell'ANAC sia diverso. La partecipazione giunge quindi a rivestire un ruolo così centrale da imporsi anche sulla parità di trattamento. In definitiva, il nuovo soccorso istruttorio attribuisce una nuova *chance* all'operatore economico, in maniera analoga all'articolo 88 dello stesso codice appalti. Persistono due soli limiti netti, su cui il nuovo articolo 38, comma 2-bis non può intervenire: il mancato possesso dei requisiti di partecipazione al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta ed il falso in gara»: così G. TORELLI, *I margini di modificabilità dell'offerta in sede di verifica dell'anomalia e di soccorso istruttorio*, in *Munus*, 2016, 1 ss., spec. 28. Per una più aggiornata lettura dei margini di applicabilità dell'istituto, si cfr. però C.E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in ID. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici: dalle direttive 2014 al codice 2016*, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss., spec. 25 ss., il quale afferma, in relazione all'impianto del nuovo codice, che «tutte le irregolarità, quale che sia la loro qualificazione, sono sanabili con il soccorso istruttorio eccezion fatta per quelle espressamente indicate. Quelle espressamente indicate, che costituiscono eccezione rispetto alla regola generale, devono essere perciò interpretate con un criterio restrittivo: soltanto le carenze o irregolarità che non consentono all'offerta di raggiungere l'obiettivo suo proprio possono condurre all'esclusione» (26).

⁷² Si cfr. Cons. St., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680; Cons. St., sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2014, n. 5196; Cons. St., sez. IV, 27 marzo 2013, n. 1487. Avendo poi riguardo ad un altro profilo concernente sempre il contenuto dell'offerta, si consideri che, con recente ordinanza, il Cons. St., ad. plen. 24 gennaio 2019, n. 1, ha escluso che attraverso il soccorso istruttorio il concorrente possa sanare l'omissione della puntuale indicazione dei costi per la manodopera e per la sicurezza dei lavoratori: come autorevolmente osservato, in particolare, «[d]all'ordinanza sembra trasparire una certa sfiducia dell'adunanza plenaria, in casi del genere, per l'istituto del soccorso istruttorio: attraverso tale istituto vi è il pericolo che il concorrente possa avviare operazioni contabili che consentirebbero l'inserimento nell'offerta di voci di costo effettivamente non considerate prima. Un pericolo del genere sembra difficilmente fronteggiabile, sul piano pratico, da parte della stazione appaltante»: così A. TRAVI, nota a Cons. St., ad. plen., ord., 24 gennaio 2019, n. 1, in *Foro it.*, 2019, n. 9, pt. III, 455 ss., spec. 456.

L'itinerario ordinamentale di cui si è dato conto e specialmente gli orientamenti giurisprudenziali richiamati risultano, pertanto, molto significativi anche per l'indagine che si sta conducendo; dalla disciplina speciale del soccorso istruttorio dettata in relazione ai procedimenti di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, infatti, pare potersi ricavare una ulteriore conferma circa la strumentalità, la portata servente, dell'istituto del soccorso e, più in generale, dell'intera sequenza procedimentale rispetto al risultato da conseguire⁷³.

Si tratta, d'altronde, di un aspetto che, proprio con riferimento a questa figura, è stato recentemente messo bene in evidenza dalla scienza giuridica; si è, in particolare, sottolineata la «possibilità di configurare tale strumento ausiliario nei termini di una figura rispondente anche ad una funzione economica che sottende un criterio di efficacia ed economicità della procedura ad evidenza pubblica nell'ambito della quale venga attivato dalla stazione appaltante»⁷⁴.

⁷³ Non è un caso che, in uno studio sui rinnovati risvolti della dimensione collaborativa nelle procedure ad evidenza pubblica, si sia riservata particolare attenzione all'istituto del soccorso istruttorio: si cfr. F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016, secondo il quale, colta la «collaborazione [...] tra le parti della relazione giuridica nell'ambito di un meccanismo di compartecipazione alla cura dell'interesse pubblico» (41) – meccanismo che quindi «guarda dritto al risultato» (47), così da giungere alla migliore definizione e cura dell'interesse pubblico (52) –, è entro questa dimensione che è stata valorizzata l'importanza del soccorso istruttorio (99 ss.): tanto più che l'esclusione delle irregolarità formali dell'offerta tecnica ed economica dall'alveo degli elementi sanabili è stata stigmatizzata come una logica che tradirebbe «la stessa matrice collaborativa del soccorso istruttorio. Il rischio è, infatti, che si perda di vista la potenzialità dell'istituto, il cui corretto funzionamento può tornare utile nella prospettiva di restituire efficacia al principio del *favor participationis*, che, come abbiamo visto, rappresenta a sua volta uno dei pilasti su cui regge il principio di collaborazione tra amministrazione e privati» (102).

⁷⁴ E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 656, secondo il quale, invero, «una lettura di questo tipo appare senz'altro conforme a quanto oggetto di previsione da parte della direttiva 2014/24 UE in materia di appalti pubblici, il cui considerando n. 84 ha qualificato la richiesta, da parte della stazione appaltante, di documenti ed informazioni complementari nei termini di una misura procedimentale finalizzata a garantire il buon andamento dell'intera procedura ad evidenza pubblica cui si riferisce».

Secondo questa impostazione, il soccorso istruttorio va ricondotto nell'ambito del principio del buon andamento, inteso «nella sua dimensione “relazionale”», configurandosi «quale mezzo di attuazione di un più generale principio di “elasticità o puntualità” dell'azione amministrativa e, segnatamente, delle procedure di scelta del contraente dell'amministrazione»; di conseguenza, il ricorso a questo dispositivo, «lunghi dal poter costituire una forma di ingiustificato aggravamento procedimentale», corrisponde innanzitutto «ad una esigenza di coerenza, adeguatezza, semplicità e, più in generale, razionalità procedurale nella scelta dell'operatore economico qualitativamente migliore al fine di soddisfare la domanda pubblica»⁷⁵.

Ancora più esplicitamente, sempre in questa prospettiva, il soccorso istruttorio viene per l'effetto iscritto «entro una logica diversa da quella dell'aggravamento inteso nei termini di uno sproporzionato appesantimento degli adempimenti procedurali», tenendo conto che «nella materia delle procedure ad evidenza pubblica, il divieto di aggravamento può operare anche quale strumento di deformalizzazione della gara in vista di un obiettivo di efficienza dell'intera operazione contrattuale»; uno strumento che, «coniugando efficienza, completezza e flessibilità», permette anche «di attenuare “l'intensità dei vincoli formali” al fine di garantire una gestione più razionale ed economica dell'intera operazione contrattuale»⁷⁶.

Ciò che, anche alla luce di alcuni recenti arresti giurisprudenziali, non significa espungere del tutto il soccorso istruttorio dalla dimensione partecipativa in funzione garantistica a cui viene gene-

⁷⁵ Così E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 657 ss.

⁷⁶ Ancora, E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 660, il quale aggiunge che «il profilo relativo alla possibile qualificazione in chiave economica del soccorso istruttorio è stato [...] oggetto di approfondimento da parte della giurisprudenza, la quale è pervenuta in una recente pronuncia, che contribuisce a consolidare un orientamento maturato negli ultimi anni, ad avvalorare una lettura di questo tipo»; in particolare, «è stato riconosciuto che nelle procedure ad evidenza pubblica l'istituto del soccorso istruttorio è strumentale alla realizzazione del fondamentale principio della massima partecipazione alle stesse, la quale costituisce una precondizione necessaria per assicurare alla stazione appaltante la più ampia concorrenza fra imprese, e, quindi il “miglior risultato economico”».

ralmente ricondotto; significa, però, riconoscere che del soccorso istruttorio può predicarsi una lettura ulteriore, ovvero intimamente strumentale rispetto al «perseguimento del miglior risultato economico» atteso; un risultato che, in questo senso, «potrà essere realizzato in tanto in quanto “a monte” sia stata conseguita la funzione garantistica del soccorso istruttorio, configurandosi così una connessione logica e consequenziale tra le due funzioni garantistica ed economica in cui la prima è preconditione per realizzare la seconda»⁷⁷.

Si comprende allora perché gli esiti a cui conduce una siffatta rilettura del soccorso istruttorio siano particolarmente interessanti nella prospettiva data: la disciplina relativa al soccorso istruttorio, infatti, «lungi dal contrapporre la sostanza alla forma, di fatto accede a quest'ultima e, nel far ciò, garantisce un'effettiva inclusività delle procedure ad evidenza pubblica, contemperando la tutela del diritto dell'operatore privato ad esercitare “la propria iniziativa economica” con le esigenze di “bontà del risultato” dell'intera operazione contrattuale»⁷⁸.

⁷⁷ Si v. sempre il contributo di E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 660, ove si richiamano le pronunce del Cons. St., sez. V, 24 luglio 2017, n. 3641; Cons. St., sez. V, 11 settembre 2015, n. 4249; Cons. St., sez. V, n. 257/2009 cit.; TAR Campania, sez. I, 4 dicembre 2015, n. 2546; TAR Lazio, sez. I, 7 maggio 2013, n. 4478.

⁷⁸ «In altri termini, il soccorso istruttorio, inquadrato entro la logica del risultato economico-sostanziale, diviene uno strumento particolarmente rilevante al fine di garantire che le esigenze formali minime non siano sopravanzate dal formalismo. Il che significa che esso rappresenta un istituto la cui collocazione non è da leggere esclusivamente nell'ottica di una semplicistica prevalenza della sostanza sulla forma, come è stato talora affermato salutando con favore le nuove direttive europee in materia di appalti pubblici e concessioni. A ben vedere il soccorso istruttorio viene ad assumere una funzione di natura “correttiva”: il che significa che esso si presenta come strumento di correzione e mitigazione rispetto alle possibili deviazioni connesse al formalismo contrattuale, in una prospettiva che non rinnega la forma, ma che in essa riconosce un punto logico di partenza. In questo senso, attesa la peculiarità delle procedure ad evidenza pubblica, la forma rappresenta un *prius* imprescindibile su cui si innesta la logica sostanziale di cui il soccorso istruttorio è primo ed efficace strumento di attuazione»: così E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 673, il quale aggiunge altresì che «Quello che, per questo motivo, viene a delinearsi è, dunque, un rapporto di compatibilità ed integrazione consequenziale tra *par condicio* e *favor participationis* (declinato in termini di soccorso istruttorio), rifiutando per questo una logica tradizionalmente *adversarial* tra i due termini di riferimento, ricondotti ad un reciproco ed aprioristico antagonismo di natura esclu-

Così inquadrato, tenendo quindi conto delle finalità al cui perseguimento il potere di soccorso dovrà essere vocato, dei presupposti di fatto necessari per giustificare l'esercizio e delle condizioni a cui è subordinata la relativa attivazione, va da sé come questa figura, nel quadro delle dinamiche partecipative che si sviluppano in sede procedimentale, riveli una portata evidentemente non riducibile solo allo schema di un'amministrazione che presta *aiuto* a un operatore privato ovvero a logiche più o meno latamente collaborative, ma anche fortemente strumentale.

Assume, cioè, un rilievo intimamente servente ai fini della soddisfazione della «domanda pubblica», estendendo il *parterre* degli operatori economici e, per ciò solo, promuovendo «un ampliamento delle “opzioni strategiche” di scelta» per l'amministrazione pubblica, nell'alveo delle quali potrà «prediligere la soluzione tecnica migliore»⁷⁹; l'attivazione del soccorso da parte della stazione appaltante, quindi, «non è giustificato dall'esigenza di aiutare questo o quest'altro concorrente», quanto piuttosto dal «dovere di realizzare il vero interesse sotteso alla disposizione, che è un interesse squisita-

dente»; di conseguenza, secondo l'a. il soccorso «assume il carattere di un dovere idoneo ad attualizzare, graduare e specificare, nella singola procedura in cui sia attivato, il più ampio dovere di *par condicio* degli operatori economici, declinato nei termini di parità nelle condizioni di accesso ad un mercato senza barriere all'ingresso per le piccole e medie imprese»: si iscrive così «in un percorso di doverosità a formazione progressiva, in cui [...] la *par condicio* costituisce l'antecedente logico-giuridico rispetto al quale il soccorso si qualifica come *posterius*».

⁷⁹ In questo senso, E. FREDIANI, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, cit., 664. Il tema, come evidente, si pone al crocevia tra le due letture che ispirano l'analisi del principio di concorrenza, l'una calibrata sull'esigenza dell'operatore economico di veder garantiti i principi «di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento», l'altra raccordata all'obiettivo primario della stazione appaltante, in specie «il conseguimento del miglior risultato possibile, ossia la scelta effettiva del miglior offerente, la stipulazione del miglior contratto, al miglior prezzo»: su questo «duplice ruolo del principio di concorrenza», si cfr. A. BARONE, R. DAGOSTINO, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, a cura di E. FOLLIERI, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 273 ss., spec. 286). Più in generale, sui principi dell'evidenza pubblica, si cfr. M.P. CHITI, *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, I, Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, cit., 285 ss.; A. MASSERA, *Principi procedurali*, in *op. ult. cit.*, 331 ss.; S.S. COCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, cit., 289 ss.

mente pubblico, quello, cioè, alla più ampia partecipazione possibile alla gara per conseguirne il più conveniente esito”⁸⁰.

4. *Ulteriori forme di partecipazione strumentale in ambito settoriale*

Echi, tracce e finanche manifestazioni positive della strumentalità della partecipazione procedimentale emergono anche rivolgendo lo sguardo ad altre discipline settoriali.

Contorni paradigmatici assume innanzitutto la già ricordata vicenda dell’apporto partecipativo alla formazione degli strumenti di pianificazione territoriale e urbanistica⁸¹.

È noto, infatti, che la forma di partecipazione «tipicamente riservata al privato» è veicolata, nell’ambito degli strumenti di pianificazione del territorio, mediante osservazioni, tradizionalmente considerate mero strumento di apporto partecipativo in funzione essenzialmente collaborativa da parte dello stesso⁸².

⁸⁰ In questo senso, richiamando anche il contributo relativo alla versione del soccorso istruttorio nel codice previgente di N. SAITTA, *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di F. Bassi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, I, 401, si v. F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, cit., 31, il quale sottolinea altresì che, «a ben guardare, attivando il soccorso istruttorio in sede di gara, non si ripristina una situazione di parità rispetto all’accesso alle fonti di prova come avviene nel processo, ma si fa semplicemente prevalere il principio inquisitorio per pervenire alla scelta del “migliore” contraente anche a costo di una “benevola” interpretazione delle regole del gioco (*id est*, delle clausole escludenti del bando di gara). E come nell’istruttoria processuale non è privo di rilievo il fatto che si decidano controversie in cui è in gioco l’interesse pubblico, nell’istruttoria che si svolge nel procedimento ad evidenza pubblica c’è in gioco l’interesse pubblico alla ricerca del contraente migliore: del tutto condivisibile è, dunque, l’affermazione che la scelta legislativa in materia di soccorso istruttorio “è stata quella di impedire che la violazione meramente formale conduca ad un danno per la collettività ed anche per il singolo”. Di fronte a tale interesse recede anche il rispetto della *par condicio* allorquando concerna la forma fine a sé stessa, ossia il rispetto di formalità non essenziali, mentre il libero confronto concorrenziale in una procedura selettiva improntata alla parità rimane principio insuperabile allorché si tratti dei requisiti sostanziali (contenuto dell’offerta, ecc.) e delle modalità formali attraverso cui dimostrarne il possesso: in quest’ultimo caso, la forma è garanzia della sostanza e non tollera benevolenze, cedimenti e concessioni da parte della stazione appaltante».

⁸¹ Si cfr. *infra*, cap. I, § 3.

⁸² In questo senso, si cfr. Cons. St., sez. II, 14 aprile 2020, n. 2378.

Le osservazioni formulate dai soggetti interessati, in altri termini, costituiscono un mero apporto collaborativo alla formazione degli strumenti urbanistici che non danno luogo a peculiari aspettative; ne consegue, in termini generali, che il relativo rigetto non richiede una motivazione dettagliata, «essendo sufficiente che siano state esaminate e ritenute, in modo serio e ragionevole, in contrasto con gli interessi e le considerazioni generali poste a base della formazione del piano regolatore generale»⁸³.

Le scelte compiute dalle amministrazioni ai fini della formazione degli strumenti urbanistici costituiscono così «apprezzamento di merito sottratto al sindacato di legittimità, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità»; anche il regime delle destinazioni attribuite alle singole aree, di conseguenza, non necessita di apposita motivazione, oltre a quella che si può evincere dai criteri generali, di ordine tecnico-discrezionale, seguiti nell'impostazione del piano stesso, «essendo sufficiente l'espreso riferimento alla relazione di accompagnamento», a meno che «particolari situazioni non abbiano creato aspettative o affidamenti in favore di soggetti le cui posizioni appaiano meritevoli di specifiche considerazioni»⁸⁴.

In generale, quindi, incombe sull'amministrazione solamente l'onere di valutare adeguatamente «il complesso delle circostanze e dei presupposti sottesi all'esercizio del relativo potere, attraverso un *iter* logico e procedurale scevro da profili di irragionevolezza e abnormità», non gravando invece sulla stessa l'onere di motivare specificatamente le determinazioni relative a ogni situazione individuale: «laddove, infatti, si opinasse in tal senso, l'attività di pianifi-

⁸³ Così Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2017, n. 2089.

⁸⁴ In questo senso, «le uniche evenienze, che richiedono una più incisiva e singolare motivazione degli strumenti urbanistici generali sono date dal superamento degli standards minimi di cui al d.m. 2 aprile 1968, con riferimento alle previsioni urbanistiche complessive di sovradimensionamento, indipendentemente dal riferimento alla destinazione di zona di determinate aree, dalla lesione dell'affidamento qualificato del privato, derivante da convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi fra il Comune e i proprietari delle aree, aspettative nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie o di silenzio rifiuto su una domanda di concessione e, infine, dalla modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo»: così, tra le altre, Cons. St., sez. IV, n. 2089/2017 cit.

cazione perderebbe il suo carattere di generalità e si tradurrebbe nella sommatoria di un numero inestricabile di situazioni puntuali»⁸⁵.

Questi orientamenti sono stati graniticamente affermati dal giudice amministrativo ormai da decenni e, in estrema sintesi, sono stati tradizionalmente ricondotti a una visione essenzialmente collaborativa delle dinamiche partecipative, anche alla luce di quanto previsto dall'articolo 13 della legge n. 241/1990⁸⁶.

Ai fini dell'indagine che si sta conducendo, tuttavia, c'è un aspetto che merita di essere evidenziato; un aspetto che, come tale, pare giustificare una rilettura della partecipazione dei soggetti privati ai processi pianificatori non più solo in chiave collaborativa, ma soprattutto in termini strumentali, nel senso di strumentalità rispetto alle finalità, al risultato, che l'azione amministrativa di governo del territorio è chiamata a conseguire⁸⁷.

Negli ultimi anni, infatti, la giurisprudenza amministrativa si è più volte soffermata sulla natura e sulla finalità delle funzioni e dei poteri di pianificazione del territorio, restituendone – in un'ottica evolutiva – un'immagine meno asettica e, dunque, più articolata e compiuta; si è così osservato che il potere di pianificazione urbanistica «non è limitato alla individuazione delle destinazioni delle zone del territorio comunale, ed in particolare alla possibilità e limiti edificatori delle stesse»; al contrario, «deve essere rettammente inteso in relazione ad un concetto di urbanistica che non è limitato solo alla disciplina coordinata della edificazione dei suoli (e, al massimo,

⁸⁵ In questo senso, Cons. St., sez. II, n. 2378/2020 cit.

⁸⁶ Si cfr., tra le più recenti, TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 4 febbraio 2019, n. 53; TAR Lazio, Roma, sez. II, 22 febbraio 2016, n. 2283; TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 24 luglio 2015, n. 682. Per un'analisi critica dell'articolo 13 della legge sul procedimento, si legga C.E. GALLO, *La partecipazione*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, 55; A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, Giappichelli, 1993, 48; sull'origine storica della previsione, si v. E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, spec. 70.

⁸⁷ In proposito, del resto, si leggano le riflessioni già svolte da G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 707 ss.; si legga anche F.A. ROVERSI MONACO, G. CAIA, *La disciplina delle attività estrattive e le problematiche ambientali*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, II, 615 ss.

ai tipi di edilizia, distinti per finalità, in tal modo definiti), ma che, per mezzo della disciplina dell'utilizzo delle aree, realizzi anche finalità economico-sociali della comunità locale (non in contrasto ma anzi in armonico rapporto con analoghi interessi di altre comunità territoriali, regionali e dello Stato), nel quadro di rispetto e positiva attuazione di valori costituzionalmente tutelati»⁸⁸.

Per il giudice amministrativo, quindi, «l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere concepiti, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale», ma devono invece essere ricostruiti come «intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo»; uno sviluppo che tenga conto, in definitiva, del «modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione “*de futuro*” sulla propria stessa essenza, svolta – per autorappresentazione ed autodeterminazione – dalla comunità medesima attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio»⁸⁹.

Per queste ragioni, di conseguenza, il potere di pianificazione urbanistica non può quindi essere più inteso solo come «funzionale all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio», quanto piuttosto come preordinato «alla realizzazione temperata di una pluralità di interessi pubblici che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti»⁹⁰.

Non potendosi indugiare oltre su questi profili evidentemente più settoriali, ciò che si vuole invece sottolineare, attraverso il ri-

⁸⁸ Si cfr. Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710.

⁸⁹ Dovendo quindi tenere specificatamente conto «delle potenzialità edificatorie dei suoli», «in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi», dei «valori ambientali e paesaggistici», delle «esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti», delle «esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio»: Cons. St., sez. IV, n. 2710/2012 cit.; nel medesimo senso, si v. anche Cons. St., sez. IV, 8 gennaio 2016, n. 35.

⁹⁰ Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2015, n. 839; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 22 ottobre 2013, n. 2336.

chiamo alle recenti traiettorie evolutive della giurisprudenza amministrativa circa le finalità ultime delle funzioni di pianificazione del territorio, è che proprio questa evoluzione permette di rileggere i contorni dell'apporto partecipativo dei soggetti privati ai percorsi pianificatori anche secondo la prospettiva strumentale in esame.

Fintanto che anche dal giudice amministrativo l'interesse pubblico iscritto nella norma attributiva del potere funzionale, ovvero il risultato ultimo da raggiungere, veniva asetticamente identificato nell'articolazione di un ordinato e razionale assetto del territorio, va da sé come il regime partecipativo delle osservazioni ben potesse spiegarsi iscrivendolo nell'orizzonte eminentemente collaborativo di cui si è dato conto in precedenza⁹¹.

Quella di ordinato assetto del territorio, infatti, è locuzione che rimanda inevitabilmente a una visione razionalista ed eminentemente tecnica delle dinamiche e dei processi pianificatori; nel momento in cui, anche per effetto delle modifiche apportate al dettato costituzionale di cui all'articolo 117 cost., le funzioni di pianificazione del territorio sono propriamente ricondotte nell'alveo di scelte che attengono alla predeterminazione dei fini ultimi a cui un determinato assetto territoriale si vuole corrisponda, ecco allora che lo stesso apporto partecipativo non sembra poter essere ridotto a un mero contributo collaborativo preordinato ad arricchire soggettivamente il quadro conoscitivo nella disponibilità del decisore pubblico, assumendo invece direttamente i contorni di elemento strumentale, intrinsecamente strumentale, alla definizione delle valutazioni e delle scelte territorialmente rilevanti e, dunque, nella soddisfazione degli interessi pubblici primari sottesi all'articolazione e configurazione del «modello di sviluppo» che si pretende di infondere a quella determinata porzione di territorio⁹².

Non è quindi un caso che nella più recente disciplina normativa di fonte regionale in materia di governo del territorio tutto ciò

⁹¹ Si cfr. *infra*, cap. I, § 3.

⁹² Sulle trasformazioni che hanno interessato le funzioni pianificatorie nel prisma delle dinamiche di governo del territorio, sia nuovamente consentito il rinvio a T. BONETTI, *Il diritto del governo del territorio in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, cit., spec. 211 ss.

si manifesti positivamente attraverso una torsione del tradizionale percorso procedimentale, assistendosi a una sorta di *anticipazione* della fase delle osservazioni al momento immediatamente successivo a quello della formale «assunzione» della proposta di piano da parte dell'organo di governo dell'ente titolare della potestà pianificatoria⁹³; l'apporto partecipativo veicolabile nella tradizionale forma delle osservazioni al piano, cioè, viene formalmente ricondotto a un momento *antecedente* a quello dell'adozione dello strumento pianificatorio da parte dell'organo consiliare preposto allo svolgimento dei compiti di indirizzo e controllo politico-amministrativo nonché al compimento degli atti fondamentali previsti dall'articolo 42 del decreto legislativo n. 267/2000.

Non solo. Il regime partecipativo delle osservazioni è delineato in termini così fortemente connaturati e, per ciò solo, serventi rispetto al risultato da raggiungere che lo stesso spazio partecipativo, oltre ad essere anticipato, viene anche esplicitamente circoscritto, prevedendosi il divieto di esaminarle se presentate «tardivamente»⁹⁴.

In questo caso, di conseguenza, la dimensione partecipativa accede direttamente alla proposta di piano formulata dall'organo di governo, sviluppandosi e, per l'effetto, risolvendosi le successive fasi decisionali dell'adozione e dell'approvazione del piano essenzialmente in interlocuzioni tra l'amministrazione procedente e le altre amministrazioni a vario titolo competenti.

La strumentalità della partecipazione procedimentale, d'altra parte, emerge anche da ulteriori indici ricavabili da altre discipline settoriali.

È l'ipotesi, ad esempio, della valutazione di impatto ambientale e, in particolare, del regime normativo dettato a livello statale in relazione alla c.d. pre-informazione che «costituisce uno standard minimo uniforme di tutela che si impone a tutte le Regioni ed è finalizzato alla partecipazione di tutti i soggetti interessati»⁹⁵.

⁹³ Si cfr. gli articoli 45, commi 2 e seguenti, nonché 46, comma 1, della legge regionale Emilia-Romagna n. 24/2017.

⁹⁴ Si cfr. l'articolo 45, comma 5, secondo periodo, della legge regionale Emilia-Romagna n. 24/2017. Sul regime delle osservazioni tardive, si v. TAR Liguria, sez. I, 13 luglio 2006, n. 825.

⁹⁵ Si v. TAR Campania, Napoli, sez. V, 8 ottobre 2018, n. 5819.

Le forme di pubblicità a tal fine prescritte dal decreto legislativo n. 152/2006, infatti, si integrano tra di loro «in quanto volte ad una informazione completa e, quindi, ad una partecipazione cosciente dei soggetti interessati»; si tratta, quindi, di forme di pubblicità «idonee a garantire con maggiore facilità l'accesso ai documenti e pertanto il pieno assolvimento degli obblighi di pre-informazione in favore della collettività dei cittadini»⁹⁶.

Un assetto che, invero, non assumerebbe un particolare rilievo ai presenti fini se non fosse che sempre il giudice amministrativo ha da tempo precisato che la valutazione di impatto ambientale presenta «indubbi tratti d'esercizio di politica ambientale», in particolare laddove, «al di là dell'aspetto tecnico, si valuti a fini ambientali la localizzazione di progetti di importanti opere pubbliche e si cooperi ad un'attività di pianificazione e di programmazione, propria dell'organo politico»; la disciplina positiva del procedimento di valutazione di impatto ambientale ne dimostra così «la peculiare complessità appunto per la necessità di mediazione fra interessi articolati e variegati, degli enti locali e dell'amministrazione centrale, che coinvolge interessi costituzionalmente protetti (all'ambiente ed allo sviluppo sostenibile) e rende necessaria una valutazione politica»⁹⁷.

Anche in questo caso, di conseguenza, la struttura partecipativa, compresi i profili inerenti alle attività prodromiche da rispettare al fine di renderla effettiva e consapevole, è strumentalmente correlata alle finalità di interesse pubblico primario da soddisfare e dunque, ancora una volta, allo stesso risultato che l'amministrazione precedente è chiamata a raggiungere.

Tutto quanto evidenziato, poi, trova ulteriore conferma anche in relazione ad una delle figure che, ancora a tutt'oggi, sembra potersi annoverare tra le punte più avanzate degli itinerari partecipativi nell'ordinamento italiano.

Ci si riferisce evidentemente al dibattito pubblico attraverso il quale l'opzione localizzativa diviene «il risultato di un dibattito procedimentale che consente di superare la frammentazione delle valutazioni, rendendo una visione d'insieme che prende in unica consi-

⁹⁶ Ancora, TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 5819/2018.

⁹⁷ Così TAR Lazio, Roma, sez. II, 8 settembre 2010, n. 32176.

derazione complessiva quanto “ascoltato durante il *trial*” decisionale», interessando «uno spettro valutativo più ampio, che considera l’impatto ambientale come una delle componenti della valutazione, alla quale si uniscono le considerazioni relative all’incidenza sull’assetto del territorio e sulle città»⁹⁸.

⁹⁸ In questa prospettiva, «il concetto stesso di “opportunità” di determinate soluzioni progettuali (ex art. 2 del regolamento n. 76/2018) si propone quale espressione di un approccio che porta a far rientrare nel dibattito pubblico, non tanto una valutazione di carattere tecnico, quanto piuttosto considerazioni in ordine all’impatto sociale ed economico di una determinata proposta di intervento»: così E. FREDIANI, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una “relazione” problematica*, in *Dir. amm.*, 2020, 399 ss.; si cfr. anche R. DIPACE, *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione di lavori pubblici*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 445 ss.; A. AVERARDI, *L’incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 505 ss.; sul regolamento attuativo, si legga G. MANFREDI, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome Nimby*, in *Urb. app.*, 2018, 604 ss. Anche la Corte costituzionale, del resto, ha sottolineato che «l’assetto dato a questa fondamentale fase del procedimento deve [...] ritenersi un ragionevole punto di equilibrio fra le esigenze della partecipazione e quelle dell’efficienza»: infatti, «non vi è dubbio che, come evidenzia anche il Consiglio di Stato nel proprio parere n. 855 del 1° aprile 2016 [...], il dibattito pubblico sia uno strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto»; esso, quindi, «configura, analogamente all’inchiesta pubblica prevista dall’articolo 24-bis del decreto legislativo n. 152/2006 [...], una fondamentale tappa nel cammino della cultura della partecipazione, rappresentata da un modello di procedimento amministrativo che abbia, tra i suoi passaggi ineliminabili, il confronto tra la pubblica amministrazione proponente l’opera e i soggetti, pubblici e privati, ad essa interessati e coinvolti dai suoi effetti, alimentandosi così un dialogo che, da un lato, faccia emergere eventuali più soddisfacenti soluzioni progettuali, e, dall’altra, disinnesci il conflitto potenzialmente implicito in qualsiasi intervento che abbia impatto significativo sul territorio»; tuttavia, «proprio perché si è in presenza di un prezioso strumento della democrazia partecipativa, se ne devono evitare abusi e arbitrarie ripetizioni, in particolare con riferimento ai diversi piani (statale e regionale) su cui lo stesso deve svolgersi, pena un ingiustificato appesantimento dell’intera procedura». Più in generale, si legga anche V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, cit. Sulla figura dell’inchiesta pubblica, invece, si v. L. CASINI, *L’inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 43 ss.; A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati alla pianificazione urbanistica: il modello dell’inchiesta e le suggestioni provenienti dai sistemi europei*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 312 ss.; con specifico riferimento all’ordinamento francese, J. MORAND DEVILLER, *Trasparenza, partecipazione e semplificazione nel procedimento amministrativo francese*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo in Europa*, Milano, Giuffrè, 2000, 153 ss.

Ulteriori ipotesi comprovanti la natura strumentale della partecipazione procedimentale, infine, affiorano anche dai percorsi volti alla formazione di determinati atti a contenuto generale delle autorità amministrative indipendenti⁹⁹.

In relazione all'applicazione dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, ad esempio, il giudice amministrativo ha evidenziato che, «sotto il profilo funzionale», gli strumenti partecipativi producono effetti significativi, nella misura in cui concorrono «a massimizzare l'acquisizione al procedimento di dati e di elementi utili ai fini dell'adozione della determinazione finale»¹⁰⁰.

⁹⁹ In generale, si v. S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996; sul ruolo della partecipazione nella funzione regolatoria, in particolare, si v. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 189 ss.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 269 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, 185 ss.; G. NAPOLITANO, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, 129 ss.; con specifico riferimento alla disciplina della concorrenza, si v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, 222 ss.; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, 467 ss.; con riguardo al settore delle comunicazioni elettroniche, S. MANNONI, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, Il Mulino, 2014, spec. 282; con riguardo infine alla regolazione dei mercati finanziari, si v. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. 442 ss. Si cfr. anche Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 947 ss.

¹⁰⁰ Così TAR Lazio, Roma, sez. I, 3 novembre 2010, n. 33133, ove si aggiunge altresì che, così facendo, si «scongiora il venire ad esistenza di provvedimenti “a sorpresa”, per effetto dei quali il primo confronto critico in ordine alla portata dell'atto viene sottratto alla dialettica della sede propria amministrativa, per essere integralmente trasferito in ambito giudiziale, con il grave *vulnus* consistente nella privazione della più ampia interlocuzione, attinente anche ai profili di opportunità e di stretto merito tecnico od economico, che solo la fase procedimentale amministrativa è destinata ad assicurare». In relazione ai servizi pubblici a rete, invece, si è affermato che «la dequotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata, come detto, dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori – impone, inoltre, il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari»: Cons. St., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972. Osserva, del resto, M. COCCONI, *Garanzie procedurali e atti amministrativi a*

Anche dai sommari riferimenti alle discipline settoriali richiamate, quindi, emergono molteplici indizi attestanti il carattere strumentale della partecipazione procedimentale.

contenuto generale, in *Ist. fed.*, 2018, 136, che «la logica che impronta la disciplina procedurale di questa tipologia di atti non appare affatto quella di una preclusione assoluta di tali garanzie quanto, piuttosto, la necessità di una loro rispondenza alla specifica funzione che sono dirette a conseguire nell'attività amministrativa generale».

CAPITOLO IV

LA PARTECIPAZIONE STRUMENTALE TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. Partecipazione strumentale e istruttoria procedimentale in funzione di risultato. – 2. La rinnovazione dell'istruttoria procedimentale in sede processuale: il giudice amministrativo "signore" del procedimento? – 3. Il giudice amministrativo alla ricerca del risultato. – 4. Scenari e prospettive: verso un ritorno del valore della partecipazione procedimentale.

1. *Partecipazione strumentale e istruttoria procedimentale in funzione di risultato*

All'inizio dell'indagine ci si era domandati quale fossero, oggi come oggi, il senso e la portata della partecipazione procedimentale, quali le finalità effettivamente perseguite e, ancora, se lo spazio riconosciuto alle dinamiche partecipative nel corso del tempo si fosse ampliato, o invece ristretto, oppure se fosse rimasto essenzialmente inalterato.

L'indagine ha innanzitutto rivelato che, pur nel quadro delle trasformazioni che hanno progressivamente investito l'ordinamento nazionale almeno a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, della partecipazione procedimentale può tuttora predicarsi una valenza marcatamente polifunzionale.

L'assetto partecipativo positivamente delineato, cioè, risponde ancora, e allo stesso tempo, a finalità di ordine collaborativo e difensivo oltre che, pur con i limiti evidenziati, finanche democratico.

Muovendo anche dal riconoscimento della corrispondente recessività a fronte dell'inevitabile bilanciamento con altri principi o esigenze più o meno generali, ma comunque concretamente rilevanti nelle singole fattispecie procedimentali, è altrettanto vero che i rilevanti mutamenti che hanno interessato il sistema amministrativo e lo stesso diritto delle amministrazioni pubbliche, segnatamente negli ultimi quindici anni, hanno contribuito a ridefinirne il senso e la portata.

Le necessità, i bisogni e le aspettative alle quali il disegno, anche normativo, della partecipazione procedimentale ha fornito risposte, per quanto parziali esse siano o siano state, concorrono d'altronde a renderne ancora baricentrico il ruolo nelle dinamiche procedimentali, nutrendo e, per ciò solo, continuamente vivificando le relazioni tra amministrazioni pubbliche e amministrati.

Spesso, del resto, si è indotti a osservare ed esaminare l'azione amministrativa e, per l'effetto, anche le stesse regole che a questa presiedono tramite le lenti di ciò che patologicamente le caratterizza, soffermandosi invece meno su ciò che regolarmente, più che virtuosamente, le contraddistingue nella quotidianità; una quotidianità che, per limitarsi alle tematiche oggetto dell'indagine, si sviluppa ai vari livelli attraverso una infinità di fattispecie procedimentali, più o meno complesse, nell'ambito delle quali gli istituti partecipativi sono correttamente applicati e le prerogative partecipative sono pienamente esercitate, adempiendo così alle finalità più generali alle quali devono corrispondere.

Il che, è appena il caso di ribadirlo, non significa evidentemente sottovalutare o persino negare i molteplici e strutturali problemi del sistema amministrativo italiano, compreso quello per cui le amministrazioni pubbliche non tengono paradossalmente conto di ciò che fanno¹.

¹ Come ha osservato S. CASSESE, *Lo Stato e le crepe più larghe* (in *Corriere della sera* del 30 settembre 2021), infatti, «La gestione degli Stati moderni richiede accurata analisi della realtà da regolare e una completa informazione sulle proprie attività. Immersi nelle urgenze della gestione quotidiana, gli amministratori, politici e burocrati, operano “a sentimento”, prescindendo dalle une e dall'altra». «Ha ragione la Corte dei conti quando osserva che tutta l'attenzione viene prestata al bilancio di previsione, mentre è il rendiconto che, insieme con il giudizio di parifi-

Come si è rilevato in precedenza, però, significa prima di tutto considerare che la partecipazione procedimentale e, a monte, le imperfette e incompiute disposizioni normative che sono state via via introdotte sia nella legge sul procedimento sia nell'ambito delle discipline settoriali hanno svolto e continuano a svolgere un compito tanto essenziale quanto decisivo, ampliando il perimetro conoscitivo circa i contorni fattuali e il novero degli interessi coinvolti nelle occasioni di esercizio di un determinato potere, assicurando forme di tutela alle posizioni giuridiche soggettive dei relativi destinatari e finanche espandendo, anche in funzione ulteriormente legittimante, le traiettorie democratiche nell'amministrazione e, più in generale, nelle interrelazioni tra il sistema amministrativo e la società².

Una molteplicità di situazioni, quindi, nelle quali l'assetto partecipativo plasma e modella l'amministrazione nel proprio farsi e manifestarsi nelle interazioni con i soggetti privati, singoli o associati, con cui la stessa è chiamata concretamente a rapportarsi in sede procedimentale.

Non che non si assista fatalmente anche a derive più o meno patologiche dello stesso regime partecipativo; derive che, come si è sottolineato, possono ad esempio assumere i tratti della partecipazione sovrabbondante ovvero di quella aggressiva³.

In sé e per sé considerate, tuttavia, più che attestare una rinnovata o comunque differente *domanda* partecipativa, sembrano potersi innanzitutto iscrivere nelle torsioni che in qualche modo finiscono per investire tutti gli istituti giuridici, soprattutto una volta che si sia riconosciuto che «se il fatto è già diritto, il movimento del

cazione, consente di verificare quanto si è realizzato. L'aver imposto norme di trasparenza è servito a soddisfare curiosità voyeuristiche, non a conoscere meglio e a far conoscere quel che lo Stato fa (quanti dipendenti sono entrati senza concorso, quante autorizzazioni vengono date per anno, qual è lo stato di attuazione delle leggi, per fare solo qualche esempio)».

² Per una corralità di riflessioni sulle questioni evocate nel testo, si v. i contributi raccolti in AA.Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, I, *Studi introduttivi*, Bologna, Bononia University Press, 2018; AA.Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, II, *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, Bononia University Press, 2019; AA.Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, III, *Problemi e prospettive*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

³ Si cfr. *supra*, cap. I, §§ 5.1 e 5.2.

fatto è movimento del diritto»⁴; torsioni, pertanto, che entro una certa soglia possono persino rappresentarsi, pur traducendosi in una applicazione comunque patologica del regime partecipativo, in termini più o meno fisiologici, ad esempio per effetto della incomprimibilità delle soggettività private nell'alveo di schemi rigidamente predefiniti, specialmente alla luce della distinzione tra interessi forti, o più strutturati, e interessi deboli, così come emergenti nel divenire delle singole fattispecie procedimentali.

Al contempo, però, l'indagine ha messo in luce, muovendosi nel solco di una serie di studi recenti e meno recenti della scienza del diritto amministrativo, la progressiva maturazione di un itinerario ordinamentale che restituisce nitidamente o comunque dal quale traspare una certa strumentalità della partecipazione procedimentale rispetto al conseguimento del risultato dell'azione amministrativa.

Una strumentalità che, pur non mettendo in discussione le ricostruzioni dell'assetto partecipativo in chiave per l'appunto polifunzionale, induce ad assumerne una lettura, finanche una visione, non valoriale e, dunque, tendenzialmente assolutizzante, ma pienamente immersa nelle dinamiche procedimentali e soprattutto intimamente dipendente e correlata al conseguimento del risultato, ovvero alla soddisfazione degli interessi pubblici primari che l'amministrazione è doverosamente e concretamente chiamata a perseguire⁵.

Una strumentalità, in definitiva, che non si esaurisce interamente in nessuna delle funzioni a cui assolve tipicamente la partecipazione procedimentale, permeandone invece i rispettivi contorni, così come le corrispondenti manifestazioni, in rapporto al divenire dei percorsi procedimentali.

Questa strumentalità, invero, si manifesta chiaramente, se non addirittura ruvidamente, in primo luogo nella disciplina dettata per i vizi non invalidanti e, soprattutto, nelle correnti giurisprudenziali che promuovono e coltivano una lettura non solo evolutiva, ma sostanzialmente espansiva della disposizione di cui all'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990; un indirizzo che, negli

⁴ Così M. D'ALBERTI, *Vico, il metodo giuridico e il diritto nell'età globale*, cit., 54.

⁵ Si cfr. *supra*, cap. II, § 2.

arresti che sembrano accedere all'orientamento più estremo in relazione alla corrispondente dequotazione, finisce per riconoscere agli istituti partecipativi un rilievo meramente marginale, quasi accidentale, più che strumentale⁶.

Certo, come si è parimenti evidenziato, le ragioni alla base della riconfigurazione del paradigma partecipativo, per lo meno rispetto alle autorevoli teorizzazioni dei primi anni Novanta del secolo scorso, non sono da identificarsi esclusivamente nell'introduzione di una specifica disciplina positiva per i vizi non invalidanti; accanto alle tendenze sostanzialistiche affioranti già in precedenza nella stessa giurisprudenza amministrativa, infatti, nel corso dell'indagine si sono richiamati altri fattori che hanno certamente concorso a ridefinire lo spazio e il ruolo della partecipazione procedimentale.

Un contributo rilevante al ridimensionamento qualitativo e quantitativo dello spazio e del ruolo che si erano inizialmente prefigurati per la partecipazione, infatti, deve riconoscersi anche alla graduale massimizzazione del principio della trasparenza amministrativa nell'attuale scenario ordinamentale, come pure ai processi di liberalizzazione o comunque di de-procedimentalizzazione nonché, ancora, allo stesso uso delle nuove tecnologie e degli algoritmi da parte delle pubbliche amministrazioni e nelle interazioni tra le stesse e gli amministrati⁷.

Per quanto rilevanti indubbiamente siano questi fattori, però, l'indagine ha mostrato come un rilievo particolarmente significativo non possa comunque non assegnarsi proprio alle correnti giurisprudenziali relative al regime dei vizi non invalidanti, incidendo direttamente sull'applicazione degli istituti e, più in generale, della stessa disciplina normativa in tema di partecipazione procedimentale; lo dimostra, del resto, l'avvertita necessità per il legislatore statale di sottrarre espressamente il preavviso di rigetto dal perimetro di operatività della previsione di cui all'articolo 21-*octies*, comma 2, quale reazione che non si giustificerebbe, rivelando paradossalmente an-

⁶ Si cfr. *supra*, cap. II, § 3.

⁷ In relazione al rilievo sempre più crescente della trasparenza, ad esempio, si leggano le riflessioni di E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, cit., 11 ss. e 145 ss.

che una certa debolezza di fondo, se non nell'ottica di provare ad arginare l'interpretazione estensiva dei vizi non invalidanti offerta dal giudice amministrativo rispetto ad una delle figure obiettivamente qualificanti l'assetto e la fisionomia della stessa partecipazione procedimentale.

È soprattutto in forza di questi orientamenti, quindi, che la strumentalità della partecipazione procedimentale in relazione al conseguimento del risultato dell'azione amministrativa, nel quadro delle traiettorie efficientistiche che permeano ormai da diverso tempo l'ordinamento italiano, ha preso sempre più consistenza; una strumentalità i cui segni distintivi, d'altra parte, sono rintracciabili anche rivolgendo l'attenzione ad altri ambiti o settori dell'ordinamento, come si è evidenziato in precedenza⁸.

Così brevemente riepilogati il percorso e i primi esiti dell'indagine, vi è un aspetto su cui è bene a questo punto soffermarsi, nella prospettiva di intendersi meglio sul senso e sul significato della locuzione partecipazione strumentale; ci si riferisce alla circostanza per cui sarebbe fuorviante, se non erroneo, restituire del concetto di strumentalità della partecipazione procedimentale una rappresentazione tale da ridurla ad una mera marginalizzazione delle dinamiche partecipative in sede procedimentale.

Strumentalità, in altri termini, non è da intendere come una marginalità suscettibile di sfociare in sostanziale irrilevanza, quasi che le forme partecipative siano ormai riconducibili a poco più che un vuoto simulacro formalistico, come pure alcuni arresti che accedono all'orientamento più estremo del giudice amministrativo in tema di vizi non invalidanti paiono veicolare.

Correttamente intesa, invece, partecipazione strumentale è una espressione per il tramite della quale, pur iscrivendosi nel solco di un allontanamento dell'assetto partecipativo da una dimensione propriamente valoriale, non si vuole promuovere una negazione del rilievo intrinseco della partecipazione stessa nelle dinamiche procedimentali e, in particolare, della relativa valenza polifunzionale, riflettendo piuttosto l'esigenza concettuale di ricondurne più direttamente il senso e la portata nell'alveo del risultato dell'azione am-

⁸ Si cfr. *supra*, cap. III.

ministrativa, assumendone così una visione latamente teleologica o comunque per certi versi finalistica.

Una traiettoria ordinamentale che, in linea con le correnti efficientistiche di cui si è detto, si manifesta in termini e con caratteri più o meno differenziati, ma che nell'insieme rivela e tendenzialmente proietta un'immagine della partecipazione come inscindibilmente connessa al *luogo* (procedimentale) e soprattutto al *fine* (pubblico) funzionalmente da perseguire e concretamente da soddisfare.

Sempre al netto di alcuni eccessi giurisprudenziali, a cui si dedicheranno alcune considerazioni più avanti, si comprende allora perché non sarebbe corretto rappresentare i contorni della rilevata strumentalità semplicemente come marginalizzazione o accidentalità della partecipazione, dovendosi tenere innanzitutto conto del rilievo che anche in questa rinnovata espressione inevitabilmente disvela nel rapporto amministrativo e, quindi, ai fini dello stesso «processo di formazione della volontà» in sede procedimentale⁹.

È, del resto, appena il caso di ribadire nuovamente che, pur se le tensioni non mancano, non vi è un vero e proprio contrasto tra amministrazione di *legittimità* e amministrazione di *risultato*: il risultato, infatti, è imposto dalla legge ed è la legge stessa che, in vista del relativo raggiungimento, stabilisce precetti il cui rispetto è previsto anche a tutela di diritti ovvero comunque di interessi che concorrono, come tali, alla determinazione del «risultato legale»¹⁰.

La strumentalità delle dinamiche partecipative rispetto al risultato legale, invece, deve calarsi e, per ciò solo, necessariamente leggersi innanzitutto in riferimento e nell'ambito dell'azione procedimentale; e ciò, invero, sia che la si concepisca, secondo l'impostazio-

⁹ «La partecipazione del privato al procedimento, la possibile negoziazione del potere, l'ingresso del principio di buona fede nel diritto amministrativo sostanziale [...] hanno infine spinto il rapporto amministrativo in un alveo assai simile a quello in cui naviga il rapporto di diritto privato, così che dell'unilateralità del provvedimento si conserva più il dato formale dell'imputazione della decisione che non quello sostanziale del processo di formazione della volontà»: così M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 14. In generale, sul concetto di rapporto amministrativo, si legga però lo studio di M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁰ In questo senso, M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 45.

ne benvenutiana, quale «espressione del farsi della decisione amministrativa e come luogo della composizione degli interessi coinvolti, da disciplinare in modo tale da concorrere all'imparziale ed efficiente svolgimento della funzione»¹¹ sia che la si intenda, secondo l'insegnamento gianniniano, più propriamente come «strumento per disciplinare la "compresenza degli interessi"»¹².

Come è stato efficacemente osservato, infatti, attraverso gli studi di Benvenuti e Giannini «entrano prepotentemente nella struttura procedimentale, quale delineata da Sandulli, la funzione amministrativa e gli interessi ad essa correlati: da cui la configurazione del procedimenti come "una forma della funzione" (Benvenuti) e luogo deputato alla ponderazione degli interessi (Giannini)»¹³.

La questione semmai è che la concezione funzionale, segnatamente nella teorizzazione benvenutiana, «nello stabilire il nesso stretto tra procedimento [...] e processo», ha finito per porre «l'accento soprattutto sulla tutela giurisdizionale del cittadino di fronte all'amministrazione, mettendo inevitabilmente in secondo piano

¹¹ Così, sintetizzando efficacemente la concezione benvenutiana proposta inizialmente attraverso il contributo F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 118 ss., G. PASTORI, *Benvenuti, Feliciano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, 645 ss.; dello stesso a., si legga anche ID., *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323 ss.

¹² M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 160, ove l'a. sottolinea altresì che il procedimento «è il modo di svolgersi dell'attività (potestà) discrezionale, o la forma della funzione amministrativa», muovendo dal presupposto per cui il «decidente, e anche le altre parti del procedimento in un procedimento complesso si muovono in una rete di interessi pubblici, collettivi, diffusi e privati» e «quanto più la rete degli interessi è complessa, tanto più il legislatore dovrebbe avere cura di congegnare le fasi del procedimento in modo da permettere una valutazione consapevole degli interessi compresenti» (155-156). D'altronde, come aveva evidenziato in precedenza lo stesso a., occorre «aver chiaro che per ogni attività pubblica il procedimento è "forma essenziale della funzione": nella misura in cui dalla democrazia formale si passa alla democrazia sostanziale, si introducono forme procedurali sempre più intense, atte a dare e ricevere reciproche garanzie tra gli operatori giuridici pubblici»; di conseguenza, «quanto più cresce l'importanza del procedimento, per il numero degli interessi che disloca o per dimensione di risultati di fatto che virtualmente è atto a produrre, tanto più cresce la sua dimensione tecnico giuridica»: così ID., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, I ed., 1970, 824 (passaggi rimasti immutati anche nella successiva versione del 1988, 540).

¹³ F. PATRONI GRIFFI, *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in *federalismi.it*, 2015, 8.

le istanze legate alla maggiore efficienza e razionalizzazione amministrativa che avevano caratterizzato il lungo dibattito teorico precedente, e anche le esigenze pratiche che lo avevano generato e sostenuto»¹⁴.

Se era ed è dunque innegabile e a tutto ciò conseguente, per dirla invece con Mario Nigro, la «funzione di mediazione del procedimento» nella definizione di un «equilibrio» anche tra le esigenze di tutela del cittadino e le necessità della buona amministrazione, altrettanto innegabile è stata una certa massimizzazione delle logiche sottese alle garanzie, ovvero alle prerogative partecipative riconosciute ai soggetti privati, specialmente negli anni successivi all'entrata in vigore della legge del 1990¹⁵.

Una massimizzazione che, promuovendone una lettura per certi versi quasi autofinalistica, nel senso di libera o comunque da non raccordarsi con alcun fine esterno o, meglio, normativamente dato, ha finito per veicolare l'idea di una possibile separazione tra ciò che, partecipazione (procedimentale) e risultato (legale), scindibile invece non è.

Una massimizzazione che, in particolare, svalutava proprio quelle (rinnovate) istanze efficientistiche che, con intensità crescente, premevano in direzione opposta per ricevere soddisfazione e progressivamente caratterizzavano anche l'ordinamento italiano, tanto più nel quadro di «quel rapporto di continuità e di equilibrio che sempre deve essere mantenuto tra il vecchio e il nuovo»¹⁶.

In questa prospettiva, ecco allora che la strumentalità della partecipazione procedimentale rispetto al risultato legale da raggiun-

¹⁴ Così G. MELIS, *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2021, 597-598, richiamando riflessioni di S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 309 ss.

¹⁵ M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 16, da cui l'a. ricava anche la ragione della «natura aperta, flessibile, sostanzialmente dinamica, che il procedimento tende sempre di più ad assumere» (21); si v. anche ID., *Commissione per la revisione della disciplina dei procedimenti amministrativi. Appunto introduttivo (dicembre 1983)*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1984, 9 ss.

¹⁶ Così S. COGNETTI, *Normative sul procedimento. Regole di garanzia e di efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1990, 98.

gere non va rappresentata come una marginalizzazione della prima in ragione della soddisfazione del secondo, così assecondando un processo di massimizzazione in senso uguale e contrario, bensì come riconduzione degli schemi e degli istituti partecipativi all'ambito *naturale* nel quale strutturalmente si iscrivono ed al quale funzionalmente rispondono: e cioè il procedimento amministrativo, quale strumento per l'acquisizione, il contemperamento e la graduazione degli interessi coinvolti, pubblici, privati e collettivi, nonché vettore per conoscere o arricchire la conoscenza del substrato fattuale oggetto dell'azione amministrativa.

È, infatti, la sequenza procedimentale ad indicare il percorso attraverso il quale la decisione amministrativa assumerà consistenza, rivelando così una portata intrinsecamente anche «organizzativa»¹⁷; un percorso, in particolare, che muove dal riconoscimento dello stretto collegamento che intercorre tra interessi e fatti, tenendo sempre conto che l'amministrazione «non cala nel fatto o sul fatto un diritto prefabbricato, ma tesse per così dire una trama che va dal diritto al fatto e dal fatto al diritto per precisare l'uno attraverso l'altro e viceversa»¹⁸.

Proprio ai fini del raggiungimento del risultato legale, si comprende così anche l'evidente centralità dell'istruttoria quale "fase" o comunque momento della sequenza procedimentale nella quale si accertano o apprezzano i fatti rilevanti e si acquisiscono e comparano gli interessi rilevanti ai fini dell'assunzione della determinazione finale¹⁹.

¹⁷ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 123 ss.

¹⁸ In questi termini, M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, ora in Id., *Scritti giuridici*, cit., III, 1442.

¹⁹ Come rileva a M. DELSIGNORE, *La centralità dell'attività conoscitiva nella concezione originaria della L. n. 241 del 1990 e la sua perdurante attualità*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021, 340 ss. «nella legge si riconosce che interessi e fatti sono tra loro intimamente collegati, si riconosce, cioè, la concreta dipendenza del valore degli interessi dall'individuazione e qualificazione dei fatti della decisione»; di conseguenza, «l'interesse si determina attraverso l'istruttoria, ove si configura lo stretto rapporto tra l'attività conoscitiva e la discrezionalità e si realizza la centralità del procedimento come luogo di raccolta

In questo senso, ed è quasi più una constatazione che una considerazione, non è casuale che, anche nell'impianto disegnato dalla legge sul procedimento sin dalla versione originaria, gli istituti e lo stesso esercizio delle prerogative partecipative siano primariamente collocati, unitamente agli accertamenti dei fatti o alle valutazioni tecniche da effettuare, proprio in un siffatto momento del processo formativo della volontà; una collocazione, cioè, che pare rifletterne apertamente la connessione, strutturale e funzionale, con le ulteriori attività che devono compiersi in sede istruttoria, nel rispetto dei principi di doverosità, congruità e adeguatezza dell'istruttoria stessa, in vista della determinazione finale da assumere²⁰.

In definitiva, ecco quindi che la rappresentazione della partecipazione procedimentale in termini strumentali non si traduce *ex se* nella mera affermazione della relativa dequotabilità rispetto al risultato legale, potendo persino concorrere a porre le premesse per rivitalizzarne, rinvigorirne, i contorni in sede procedimentale, segnatamente in relazione al rapporto amministrativo che lì si instaura e sviluppa ai fini della soddisfazione dell'interesse pubblico primario,

e selezione del materiale di ponderazione». E infatti l'amministrazione «deve conoscere la situazione di fatto in cui si trova ad operare e le norme sul procedimento si risolvono, per alcuni aspetti, in regole sull'attività conoscitiva che precede l'emanaione di un provvedimento amministrativo e anzi l'attività conoscitiva rappresenta il substrato del procedimento, sicché [...] specifici istituti come i pareri e le valutazioni tecniche trovano precisa disciplina proprio» nella legge sul procedimento. In questa prospettiva, si cfr. anche F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., spec. 56 ss.; M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 1996.

²⁰ Una impostazione che, tra l'altro, può concorrere ulteriormente a spiegare le ragioni alla base della recente scelta del legislatore di escludere l'istituto del c.d. preavviso di rigetto dall'applicazione del regime dei vizi non invalidanti di cui all'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990. Nell'ambito della concatenazione delle attività e degli adempimenti procedimentali, infatti, può ritenersi che questa scelta, oltre a corrispondere alla già richiamata esigenza di preservare la piena e intrinseca operatività di questo momento endoprocedimentale a contraddittorio necessario nei procedimenti ad istanza di parte, segnatamente rispetto agli orientamenti più "sostanzialisti" del giudice amministrativo, risponda anche al riconoscimento della relativa collocazione al termine e, dunque, all'esito dell'istruttoria; una esclusione, quindi, che pare giustificarsi anche in relazione alle specificità che contraddistinguono questa figura i cui caratteri polifunzionali debbono dispiegarsi, a partire da quelli più difensivi, «prima della formale adozione di un provvedimento negativo», ovvero prima della formalizzazione della determinazione finale secondo le «risultanze» istruttorie.

attraverso le stesse «ipotesi tipiche di combinazioni organizzative» positivamente configurate²¹.

Non che non siano mancate, o che non manchino, spie o indicazioni di segno divergente, se non addirittura apertamente contraddittorio, nel divenire delle traiettorie ordinamentali: se, infatti, per un lungo periodo la legge del 1990 aveva «sancito lo spostamento del baricentro dell'attività amministrativa dal provvedimento amministrativo al procedimento», si è successivamente assistito a «un recupero del ruolo del provvedimento rispetto al procedimento», anche nell'ottica di «valutare l'agire degli enti pubblici secondo una concezione antiformalista»²².

Contorni paradigmatici, in questo senso, assumono evidentemente le importanti e ambivalenti modifiche apportate nel 2005 alla legge sul procedimento; come è stato efficacemente rilevato, infatti, «la legge n. 15 *decostruisce* la legge n. 241 e il suo significato ultimo», considerando che, secondo la prospettiva di Nigro e «di un'in-

²¹ Per evitare il pericolo di «cadere nella previsione di uno schema rigido e astratto» nonché «nella genericità di una mera fissazione di principi», del resto, «la sola possibilità che esista di predisporre una legge valida per una realtà amministrativa fortemente differenziata e mutevole» è «la formulazione di «ipotesi tipiche di combinazioni organizzative»: così M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, spec. 1450, secondo cui il cuore di una legge sul procedimento dovrebbe conseguentemente consistere «nella previsione di una serie di ipotesi di rapporti organizzativi, rapporti colleganti centri ufficiali di azione amministrativa, tra loro e con i “soggetti” di partecipazione». Come ha osservato R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2010, 677 ss., rifacendosi all'insegnamento di Mario Nigro, «la valorizzazione del procedimento amministrativo ha consentito di individuare proprio in esso la sede naturale ove, attraverso la partecipazione di tutti i soggetti interessati, si possa svolgere la migliore comparazione e adottare la migliore scelta. In questo modo, la partecipazione dei privati o delle altre autorità pubbliche al procedimento, lungi dal costituire un aggravio dello stesso, consente alla stessa amministrazione procedente di avere una visuale migliore per effettuare la propria scelta discrezionale e contribuisce, quindi, a rendere l'amministrazione più efficiente». Secondo l'a., del resto, «tra i principali messaggi che ci ha lasciato Mario Nigro vi è quello per cui il procedimento è, al contempo e senza alcuna contraddittorietà, luogo di realizzazione dell'efficienza dell'amministrazione e della garanzia per i cittadini. Le regole procedimentali sono strumentali anche alla maggiore efficienza e alla migliore scelta amministrativa».

²² R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, cit., 676 ss.

tera epoca» di elaborazioni e riflessioni anche sulla teoria dell'atto amministrativo, «nella visione originaria della legge lo statuto del provvedimento è il procedimento stesso, nella misura in cui ciò che conta è la disciplina del contenuto dell'atto, non della sua forma esteriore»²³.

La positivizzazione dello statuto del provvedimento e, per questa via, la riaffermazione della relativa centralità si presenta così tra le cause che, presumibilmente anche oltre le intenzioni del legislatore – come sembra invero attestare proprio il recente intervento volto ad escludere esplicitamente il preavviso di rigetto dall'ambito applicativo del regime dei vizi non invalidanti –, hanno contribuito a favorire, o quanto meno fortemente accentuare, il diffondersi di orientamenti, specialmente giurisprudenziali, nei quali il carattere strumentale della partecipazione si deforma, traducendosi in un processo di alterazione suscettibile di ridurla a elemento meramente accidentale rispetto al raggiungimento del risultato.

Un risultato che, d'altra parte, in alcuni pronunciamenti finisce persino per non dover coincidere con quello legale, quanto piuttosto con ciò che l'amministrazione ha ritenuto di identificare, concretamente ed effettivamente, come tale²⁴.

²³ Così M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 460, secondo la quale «con la legge n. 15, da un lato, il provvedimento amministrativo è diventato oggetto esplicito e diretto di disciplina, laddove invece nel testo originario era lo scopo della disciplina, cioè il risultato di lungo periodo che ci si attendeva dall'applicazione della nuova disciplina del procedimento; dall'altro, il provvedimento amministrativo è stato "codificato", cioè irrigidito in una forma, laddove invece la Commissione Nigro riteneva che imbrigliare il provvedimento in uno "statuto" formale avrebbe significato renderlo meno sensibile alla trasformazione cui si mirava»; così facendo, prosegue l'a., «ha quindi alterato la filosofia complessiva della legge n. 241 proprio nella parte in cui ha introdotto uno statuto formale del provvedimento», «obbedendo ad una concezione formale del provvedimento stesso, nonché recependo alcuni, non pacifici, orientamenti giurisprudenziali». In generale, sulla legge n. 15/2005, si veda B.G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 818 ss.

²⁴ Per M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit., 471, in particolare, «una parte della giurisprudenza amministrativa ha contribuito a rafforzare questo nuovo modello di statuto provvedimentale, ad esempio, riconoscendo all'amministrazione la facoltà

Certo, come si è già sottolineato, le cause all'origine di siffatti itinerari giurisprudenziali sono molteplici, potendosi annoverare, tra le altre, non solo la reazione antiformalistica animata dalle potenti spinte efficientistiche che hanno investito l'ordinamento italiano negli ultimi decenni, bensì anche una più o meno velata insofferenza, anche di una parte della stessa scienza giuridica, nei riguardi dell'affermazione teorica dei c.d. diritti procedimentali²⁵.

Invero, almeno rispetto a questo ultimo aspetto, è indubbio come l'affermazione della strumentalità della partecipazione procedimentale nel senso rappresentato attraverso l'indagine non sia astrattamente in contrasto con il riconoscimento della funzione difensiva o garantista a cui assolvono gli istituti partecipativi²⁶; una strumen-

di spiegare anche nel corso del processo le ragioni a fondamento della propria decisione»; per l'a., però, questo fenomeno «ha riguardato solo una parte della giurisprudenza, con la conseguenza che attualmente convivono statuti distinti del provvedimento amministrativo, i quali obbediscono a ispirazioni opposte, una maggiormente sensibile al processo di formazione della decisione, l'altra irretita nella concezione dell'atto amministrativo come atto conclusivo puntuale».

²⁵ Come è stato evidenziato, «i diritti procedimentali si identificano dunque con una serie di garanzie formali o di natura processuale (riconducibili ai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale», ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.) il cui substrato materiale è rappresentato non soltanto dal bene della vita che il soggetto privato confida di mantenere o di ottenere in seguito alla decisione finale dell'amministrazione, ma prima ancora da un'utilità autonoma che è svincolata dalla c.d. spettanza della pretesa sostanziale avanzata dal privato in ordine al contenuto del provvedimento amministrativo. In altre parole, gli interessi protetti dall'ordinamento nel riconoscere ai soggetti privati la titolarità di diritti procedimentali non si risolvono in meri interessi strumentali all'esito sostanziale della procedura, ma hanno in radice un rilievo loro proprio e autonomo, legandosi anche a beni della vita diversi da – seppure connessi a – quelli protetti attraverso la situazione soggettiva dell'interesse legittimo. Si potrebbe quindi asserire, tornando sul versante della pubblica amministrazione e utilizzando le più note categorie civilistiche, che gli obblighi procedimentali da una parte sono “obblighi di mezzi”, con riferimento all'esito conclusivo della procedura, ma dall'altra sono nondimeno “obblighi di risultato”, con riferimento a beni della vita fondamentali come quelli protetti nell'ordinamento da tutti i diritti di informazione, i diritti al contraddittorio, i diritti alla certezza giuridica, i diritti a una ragionevole durata dei processi, e via dicendo»: così M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 559 ss.

²⁶ Del resto, come rileva M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedimentali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, 825, «è facile osservare come, in realtà, pure i risultati concreti dell'azione amministrativa si dovrebbero considerare oggetto di specifiche garanzie per

talità che, si ribadisce ancora, non va intesa come negazione del rilievo della partecipazione in sé e per sé, bensì come riconoscimento dell'inscindibile collegamento che intercorre tra gli istituti e le dinamiche partecipative che si sviluppano *nel* procedimento, da un lato, e il farsi della corrispondente decisione amministrativa *attraverso* il procedimento, dall'altro, in vista del conseguimento del risultato legale²⁷.

Se così è, più che di individuare un accettabile punto di equilibrio tra esigenze partecipative e pretese di risultato, è dal «nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo» che si dovrebbe muovere, come è stato efficacemente rilevato²⁸; un nesso che, rifacendosi all'insegnamento nigriano e attribuendo dunque assoluta centralità all'istruttoria procedimentale, si fonda anche sul presupposto per cui «diritto e fatto dell'episodio in cui amministrazione e amministrato entrano in contatto si colgono più ampiamente e significativamente dietro l'atto, negli atti e nelle operazioni che l'hanno preceduto, nei rapporti e negli apporti organizzativi, i quali [...] costituiscono la parte essenziale del procedimento» stesso²⁹.

gli amministrati; mentre, d'altro canto, non sembra potersi negare che le garanzie del procedimento amministrativo riconosciute agli amministrati abbiano anch'esse ad oggetto risultati».

²⁷ In questo senso, infatti, la dimensione strumentale nella quale si iscrive la partecipazione procedimentale non sembra contrastare anche con una qualificazione delle pretese partecipative dei soggetti privati come diritti procedimentali, trattandosi pur sempre di situazioni soggettive che, finanche in questa prospettiva ermeneutica, rinvergono comunque la propria ragion d'essere, per dirla aristotelicamente, nel *sostrato* procedimentale al quale si riferiscono.

²⁸ Così M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit., 462, la quale osserva che, in particolare, «una disciplina del procedimento deve servire a spostare il baricentro dell'azione amministrativa dall'atto finale all'istruttoria procedimentale, con il fine precipuo di rendere più *sostanziale* il controllo giurisdizionale sul corretto esercizio del potere amministrativo»; secondo l'a., infatti, la legge del 1990 «nasce quindi come critica non a un modello di azione amministrativa, ma a un modello di tutela giurisdizionale il quale, essendo incentrato esclusivamente sull'atto formalisticamente inteso, impedisce al sindacato giurisdizionale di attingere la sostanza dell'assetto di interessi posto in essere dall'amministrazione».

²⁹ Si v. M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, cit., 41 ss.

In questa prospettiva, ecco allora che l'assetto partecipativo manifesta sì la propria intrinseca strumentalità, ma una strumentalità che, sostanziosamente e per sé nell'istruttoria procedimentale, non dovrebbe – *a fortiori* – determinarne più o meno meccanicamente la potenziale marginalizzazione, riconoscendone invece il senso e la portata innanzitutto nel rilievo che, per quanto servente, comunque assume nel quadro del processo formativo volto a corrispondere pienamente e concretamente al risultato legale.

Questa visione, rispondendo anche all'idea per cui «il dispiegarsi del procedimento si rivela strettamente funzionale alla completezza e profondità della cognizione giudiziale», aveva nutrito significativamente la versione originaria della disciplina normativa sul procedimento³⁰; gli itinerari ordinamentali successivi, in relazione ai quali la riforma del 2005 è forse più effetto che coefficiente causale, se è probabilmente eccessivo rappresentarli come un tradimento delle pulsioni ideali che avevano influenzato l'elaborazione dell'iniziale regime normativo del procedimento, hanno comunque seguito traiettorie per molti versi divergenti, segnatamente in sede giurisprudenziale³¹.

Ciò che impone a questo punto di soffermarsi sul rapporto tra procedimento e processo amministrativo e, in particolare, sul ruolo del giudice amministrativo in relazione alle traiettorie della partecipazione strumentale.

2. *La rinnovazione dell'istruttoria procedimentale in sede processuale: il giudice amministrativo "signore" del procedimento?*

L'assetto del processo amministrativo, in particolare così come delineatosi a seguito dell'entrata in vigore del codice del 2010, ha indotto la scienza giuridica a «stimare (anzi a confermare l'idea) che

³⁰ Ancora, M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (Il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, cit., 42.

³¹ Per una visione complessiva delle evoluzioni ordinamentali, anche in relazione a tali profili, si legga S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., spec. 164 ss.

l'oggetto del processo non sia (più) l'atto impugnato, bensì la c.d. pretesa sostanziale del ricorrente, la quale implica necessariamente che l'esame del giudice cada sull'intero rapporto giuridico corrente tra l'amministrazione e il privato»³²; già in precedenza, d'altronde, si era osservato che «l'atto non è più l'oggetto vero del processo, ma solo la "occasione" che rende possibile il sindacato del giudice sull'esercizio del potere»³³.

Una lettura, del resto, che secondo alcune interpretazioni appare essere giunta, più o meno definitivamente, a maturazione non solo in virtù del dettato codicistico, ma anche in forza degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e dello stesso giudice amministrativo.

Secondo il giudice costituzionale, infatti, «l'evoluzione complessiva del sistema di giustizia amministrativa» mostra che tale sistema, «da giurisdizione sull'atto», «sempre più spesso si configura quale giurisdizione sul rapporto amministrativo»³⁴.

Ancora più nitidamente, poi, si è riconosciuto come soprattutto l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo abbia comportato l'abbandono di «ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento come strumento di controllo dell'azione amministrativa» e il consolidamento dello «spostamento dell'oggetto del giudizio amministrativo dall'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di

³² «Va rilevato, infatti, che, se l'impugnazione riguarda un provvedimento negativo, lesivo di un interesse pretensivo, la pretesa sostanziale non è di ottenerne l'annullamento ma di ottenere il provvedimento positivo. Se l'impugnazione riguarda il silenzio, la pretesa sostanziale non è di imporre all'Amministrazione di provvedere, ma di ottenere il provvedimento richiesto, cioè il provvedimento positivo. Se l'impugnazione riguarda un provvedimento sfavorevole, lesivo di un interesse oppositivo, la pretesa sostanziale non può essere soddisfatta soltanto con l'annullamento di quel provvedimento, ma con il realizzarsi della impossibilità per l'amministrazione di adottarne un altro avente il medesimo effetto»: così, come nel testo, F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1100, il quale osserva ancora che «la pretesa sostanziale comporta l'esame dell'intero rapporto corrente tra l'amministrazione e i privati interessati (quale che sia la loro posizione rispetto al risultato dell'esercizio del potere)».

³³ M. NIGRO, *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, 1991, *ad vocem*, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, III, cit., 2093.

³⁴ Si cfr. Corte cost., 15 giugno 2016, n. 179.

ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, al rapporto regolato dal medesimo, al fine di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, sempre che non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione»³⁵.

E anche la stessa Corte di cassazione ha recentemente sottolineato come «il sistema della giustizia amministrativa deve dimostrarsi in grado di approntare un rimedio adeguato al bisogno di tutela, rendendo concretamente tangibile l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali, come delineata dal suddetto nuovo codice del processo amministrativo»³⁶.

Invero, non può sottacersi come, in particolare nella scienza giuridica, si siano levate voci che hanno avanzato «molteplici dubbi sull'approdo rappresentato dalla piena "civilizzazione" del giudice amministrativo», specialmente «nel contesto di un giudizio sul rapporto che appare ancora nebuloso e retoricamente indistinto»³⁷.

³⁵ Così, richiamandosi in particolare alla pronuncia del Cons. St., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, *Lectio Magistralis* svolta su *Virtual Learning Environment* – UNIBO nell'ambito delle attività del Dipartimento di Scienze giuridiche – DSG e del Centro di Ricerca e Formazione sul Settore Pubblico CRIFSP – SPISA, Bologna, 24 novembre 2020, in www.spisa.unibo.it, rilevando altresì che, in origine, «si reputava che il giudice conoscesse del rapporto tra amministrazione e cittadino solo attraverso lo "schermo" del problema di validità dell'atto amministrativo, la sentenza non approdava alla risoluzione in modo positivo e sostanziale del conflitto bensì si arrestava all'accertamento parentetico del profilo "estrinseco" dell'atto»; un modello processuale, inoltre, i cui corollari «erano anche: i) il divieto di motivazione postuma; ii) la non operatività del principio del dedotto e del deducibile; iii) la configurazione in chiave provvedimentoale anche dei comportamenti; iv) l'inesauribilità del potere».

³⁶ Corte cass., sez. un., 7 settembre 2020, n. 18592, che, confermando la pronuncia del Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, ha escluso nel caso di specie la configurabilità di un vizio di eccesso di potere giurisdizionale.

³⁷ Così G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit., 1235 ss., il quale osserva che «gli indici sintomatici di tale progressivo avvicinamento sarebbero, in larga parte, gli stessi che hanno condotto in giurisprudenza all'affermazione della ammissibilità della motivazione successiva, e vanno dalla risarcibilità dell'interesse legittimo alla presenza di istituti processuali – i motivi aggiunti ieri, l'azione c.d. di adempimento più di recente – che attesterebbero ciò. Altro capitolo centrale riguarda l'ampiezza del sindacato del giudice,

Resta il fatto, però, che nella giurisprudenza amministrativa l'affermazione circa la piena cognizione del rapporto sia non solo oramai diffusa, ma sempre più consapevolmente ricercata, anche muovendo dall'idea per cui «il giudice che non conosce direttamente il “fatto”, senza l'intermediazione del provvedimento, non è un giudice», conseguendone, nella nuova modellistica processuale, sia la necessità di una effettiva conoscenza del fatto sia «l'estensione del controllo di legittimità alla discrezionalità tecnica»³⁸.

Una impostazione che, come tale, trae il proprio fondamento anche dal riconoscimento del procedimento come «luogo di incontro tra interessi pubblici e tra questi e gli interessi dei privati», nell'ambito del quale dunque «l'interesse pubblico in concreto perseguito “si fa” nella dinamica del confronto e del tendenziale componimento delle posizioni»; sicché, in questa prospettiva, «compito della giurisdizione amministrativa e del relativo processo» diviene innanzitutto la «garanzia della correttezza delle scelte compiute nel procedimento»³⁹.

Così facendo, assecondando, persino valorizzando, gli itinerari evolutivi dell'ordinamento, il giudice amministrativo sempre più si

che negli ultimi anni ha avuto ambiti di estensione inediti, come dimostra il tema del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica». Si cfr., però, anche L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare, cit.*, 617 ss.; F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 978 ss. Evidenzia, invece, R. VILLATA, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo*, cit., 125, che «giudizio sul rapporto è pur esso una formula priva di significato euristico se non si definisce che cosa si intende per rapporto; che se poi si allude alla relazione che intercorre tra amministrazione e privato allorquando la prima, sollecitata o meno dal secondo, esercita i suoi poteri, si tratta solo di intendersi sulle parole»; si v. anche Id., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., 369 ss.

³⁸ F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, cit., 10 ss.; per una rappresentazione più generale circa le origini e i primi sviluppi della giustizia amministrativa, tra gli altri, si leggano le riflessioni di F. MERUSI, *Incontri pericolosi... Crispi e la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 13 ss.

³⁹ Ancora, F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, cit., il quale osserva anche che ciò «serve a garantire proprio che quella relazione di preminenza tra amministrazione e cittadini, di “sovraordinazione” si sarebbe detto una volta, si svolga alle condizioni previste dalla legge», tenuto invece conto che nel processo «le posizioni delle parti – a differenza che nel procedimento – diventano pari».

“percepisce” non solo come «giudice ordinario dell’interesse legittimo», ovvero «giudice naturale della funzione pubblica», ma anche come «il solo giudice dell’amministrazione in caso di connessione con l’esercizio del potere» e, dunque, come «il giudice del potere pubblico»⁴⁰.

Questa progressiva trasformazione, le cui traiettorie evolutive sono state, e sono ancora oggi, oggetto di un intenso e mai del tutto sopito dibattito, sconta tuttavia alcune, non secondarie, criticità che, investendone il “funzionamento” nel diritto vivente, finiscono per metterne in discussione la stessa solidità concettuale, *nonostante* gli sviluppi degli ultimi venticinque anni così come portati per certi versi a definitivo compimento grazie alla costruzione codicistica⁴¹.

Come è stato di recente autorevolmente osservato, infatti, «questa diversa e soddisfacente nuova disciplina del processo amministrativo [...] non risponde, peraltro, se non in parte, al c.d. diritto vivente, ossia al modello di processo che si celebra nelle aule giudiziarie, talché è impossibile affermare oggi, nonostante la vigenza del c.p.a., che il processo amministrativo consenta di soddisfare pienamente la pretesa del ricorrente, come voluto dalla legge»⁴².

⁴⁰ «Si delinea, finalmente, un assetto, avviato dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, in cui la giurisdizione amministrativa, configurata come giurisdizione ordinaria sugli interessi legittimi, si qualifica come giurisdizione sui pubblici poteri, o giurisdizione dell’illegittimo esercizio del potere pubblico: il giudice amministrativo assicura una tutela piena, per cognizione e strumenti di tutela, in tutte quelle ipotesi in cui in cui l’amministrazione agisca, anche indirettamente, come autorità e quindi la posizione del privato sia qualificabile come interesse legittimo»: F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell’ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, cit., 12, sottolineando soprattutto che in «una società in cui è sempre più richiesta l’intermediazione del potere pubblico – dalle funzioni regolatorie nell’economia e nel governo del territorio e dell’ambiente, alle prestazioni sociali in materia di salute, istruzione, assistenza – gli “amministrati” non si accontentano più di “difendersi” dal potere, ma reclamano da questo prestazioni all’insegna della trasparenza, dell’efficienza e dell’equità».

⁴¹ Al riguardo, si cfr. il recente studio di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. 384 ss.

⁴² Così F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit., 1100.

Due esempi valgono per tutti: il primo riguarda il problema del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica; il secondo, invero strettamente interconnesso anche al primo, concerne la ritrosia, quasi la riluttanza, del giudice amministrativo ad utilizzare compiutamente tutti i mezzi istruttori che il dettato codicistico disciplina.

Relativamente al primo problema, infatti, è appena il caso di rammentare che l'approccio della giurisprudenza amministrativa sia notoriamente quello per cui, in tema di discrezionalità tecnica, «il sindacato deve fermarsi alla manifesta illogicità», con la conseguenza per cui «le scelte tecniche dell'amministrazione non sono assoggettate ad alcun sindacato effettivo, come dimostra anche la più superficiale lettura delle pronunce relative alla valutazione delle offerte tecniche, delle offerte anomale, delle analisi medico-legali, degli accertamenti psico-fisici, delle sanzioni delle autorità indipendenti, delle prove concorsuali e così via⁴³.

Così facendo, e quindi al netto degli auspici e delle affermazioni di principio, si assiste però a una sorta di arretramento strutturale, innanzitutto in relazione alla pienezza e all'effettività della tutela della pretesa sostanziale del ricorrente che, *au contraire*, si vorrebbe a tutt'oggi valorizzata come cardine del processo amministrativo, tanto più in una fase storica in cui, come si è già evidenziato, la dimensione tecnica nell'azione amministrativa è esponenzialmente cresciuta; vero è, del resto, che «la discrezionalità tecnica attiene (per lo più) alla conoscenza del fatto, se si vuole a quella particolare conoscenza che comporta la valutazione del fatto», con l'effetto per cui «il suo pieno sindacato è parte assolutamente necessaria del giudizio di cognizione», rientrando «tra i poteri cognitori propri del processo di legittimità, se è vero che il giudice, per rispettare i cano-

⁴³ «L'aspetto più inquietante dell'orientamento giudiziale è la convinzione che la sostituzione in giudizio della scelta fatta dall'amministrazione con quella risulta la "più attendibile" a seguito della fase istruttoria sia possibile solo in esercizio della giurisdizione di merito. Ciò comporta che, secondo il giudice, egli non avrebbe il potere di sindacare le scelte tecniche in sede di legittimità. Il che val quanto dire che non possa sindacarle mai, essendo le ipotesi di giurisdizione estesa al merito assolutamente marginali»: F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit., 1109.

ni del giusto processo, deve conoscere direttamente e completamente del fatto (come del diritto)»⁴⁴.

Quanto al secondo problema, ovvero quello relativo al compiuto dispiegamento dei mezzi istruttori astrattamente previsti in sede processuale, le resistenze del giudice amministrativo sono note, al punto da trasparire apertamente in alcuni arresti: in una recente sentenza, ad esempio, si afferma, quasi candidamente, che «l'esame di talune delle doglianze dedotte investe aspetti di carattere squisitamente tecnico, per le quali sarebbe ipotizzabile l'eventuale adozione di misure istruttorie (verificazione o CTU) al fine di meglio delineare alcune caratteristiche tecniche delle offerte presentate dai concorrenti»; ciononostante, «ritiene il Collegio che la controversia può essere definita sulla scorta delle schede tecniche e dal manuale dei prodotti offerti la cui disamina rende possibile acquisire gli elementi di giudizio utili alla decisione»⁴⁵.

Il problema, però, è che ogni qual volta «i saperi tecnici in gioco non hanno natura solo giuridica e richiedono cognizioni tecniche altamente specialistiche e differenziate», «il ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio non dovrebbe ritenersi "eventuale"», risultando invece necessario «per un pieno accesso al fatto tecnico»⁴⁶.

⁴⁴ «Non si comprende in base a quale principio il giudice amministrativo ritenga di non avere il potere, in sede di legittimità, di sindacare *funditus* le scelte tecniche dell'amministrazione», anche se quello che «genericamente chiamiamo scelte tecniche sono assai diverse tra loro, a seconda della prevalenza o meno del carattere soggettivo della valutazione: un giudizio estetico è diverso da un giudizio economico, e questo è diverso da un giudizio ingegneristico»: F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, cit., 1109.

⁴⁵ Così TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 25 maggio 2020, nn. 348 e 349.

⁴⁶ In questi termini, C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. amm.*, 2021, 236, alla quale si rimanda anche per una accurata e aggiornata ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in argomento. Si v. anche A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001, II, 68, secondo cui «certo che, è proprio la consulenza tecnica, ancor più dei mezzi di prova veri e propri pure ammessi nel processo di giurisdizione piena, a costituire lo strumento principale per assicurare la pienezza della cognizione del fatto»; P. LAZZARA, «Discrezionalità tecnica» e situazioni giuridiche soggettive, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 218, secondo cui «sul piano processuale, l'accesso completo al fatto, anche in ordine ai presupposti su cui si basa il provvedimento impugnato, deve avvenire attraverso la consulenza

Al netto delle ipotesi di valutazione tecnica manifestamente erronea o macroscopicamente illogica, cioè, «la verifica del fatto tecnico dovrebbe essere operata almeno alla luce del medesimo sapere specialistico dell'autorità», con l'ausilio delle cognizioni tecniche «necessarie per rinnovare o quantomeno ripercorrere le valutazioni e gli apprezzamenti dei fatti compiuti dall'amministrazione in fase procedimentale»⁴⁷.

Più in generale, però, va da sé come la rinuncia ad avvalersi compiutamente e pienamente, nell'ambito dell'istruttoria processuale, degli strumenti probatori o ausiliari astrattamente dispiegabili rischi «di rendere le affermazioni di principio poco corrispondenti alla realtà processuale», con tutto ciò che ne consegue, anche ai fini dell'effettività della tutela⁴⁸.

Non avvalendosi di tutti i mezzi istruttori necessari, inoltre, il giudice amministrativo tende sempre più spesso a farsi «signore della prova», facendo direttamente leva sulle «proprie conoscenze specialistiche» che non è tuttavia «scontato che sappia dominare»⁴⁹.

tecnica che consente al giudice di ripetere il giudizio valutativo dell'Amministrazione»; si leggano anche F. PATRONI GRIFFI, *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 106 ss.; S. LUCATTINI, *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 203 ss.; F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 973 ss.; R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2000, 1334 ss.; si v. anche E. CARACCIOLA LA GROTTIERA, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. In generale, sul problema del fatto nel processo amministrativo, si v. però già G. DE GIORGI CEZZI, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003.

⁴⁷ Così, ancora, C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, cit., 236, secondo la quale, altrimenti, «il sindacato si riduce ad un sindacato meramente "sintomatico", perché non assicura la corrispondenza con la realtà dei fatti e non può che essere di modesta utilità sotto il profilo della tutela, non solo del singolo cittadino ma, in definitiva, anche delle amministrazioni che sono evocate in giudizio».

⁴⁸ In questo senso, S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 103. Per una comparazione tra il sistema italiano e quello tedesco, si cfr. V. BONTEMPI, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 679 ss.

⁴⁹ C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, cit., 237 ss., che riprende la nota espressione di M. NIGRO, *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, Giuffrè, 1968, II, 772 ss. In relazione al-

In una ben più ampia prospettiva, e involgente invece il sindacato sul potere discrezionale, deve poi richiamarsi anche l'osservazione di chi ha autorevolmente rilevato che «l'incoerenza del legislatore nel trarre conseguenze da principi generali», l'esigenza di razionalizzarne gli «interventi "sparsi"», «il fenomeno normale nel diritto amministrativo di leggi che attribuiscono soltanto il potere senza dettare regole o dettando regole soltanto parziali per il suo esercizio», pretendendo «una razionalizzazione nel momento della soluzione di un caso concreto», sono tutti fattori che inducono «il giudice a "creare norme ed istituti giuridici" di portata generale, idonei a risolvere casi simili e a dettare regole per la pubblica amministrazione per adottare decisioni in casi simili»⁵⁰.

lo svolgimento del giudizio, anche C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2020, 365 ss., osserva che «la situazione meno soddisfacente è quella che attiene all'istruttoria. Nonostante l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice amministrativo, questi di norma, anche per una non ben apprezzata esigenza di conclusione più celere del giudizio, normalmente si astiene dall'effettuare attività istruttoria e basa la propria sentenza sul risultato documentale, solitamente di provenienza dell'amministrazione. È vero che, nella maggior parte dei casi, l'amministrazione rappresenta esattamente il fatto anche perché le è sufficiente utilizzare i poteri che l'ordinamento le attribuisce per pervenire al risultato che ritiene corretto, ma una maggiore attenzione al fatto è in certi casi indispensabile e, complessivamente, l'attenzione al fatto occorre perché anche il giudizio in diritto sia corretto. La ricostruzione del fatto nel giudizio è uno degli aspetti dell'attività che deve essere compiuta in contraddittorio: il fatto viene costruito insieme tra le parti e il giudice, attraverso dei mezzi di prova che, per potere essere connotati dal rispetto del contraddittorio, debbono essere la maggior parte dei casi costituendi e non costituiti. Per seguire questa linea è indispensabile ovviamente un mutamento di mentalità». Tanto più in un'epoca nella quale il problema del rischio, specialmente nelle valutazioni tecniche e nel relativo apprezzamento in sede giurisdizionale, tende a divenire sempre più centrale: si leggano, al riguardo, le riflessioni di A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006, spec. 193 ss.; cfr. anche Id., *La scienza "incerta" davanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 401 ss.

⁵⁰ «Se poi questa creazione di norme sia *infra* o *praeter legem* è questione che possiamo lasciare ai teorici del diritto»; ciò che conta infatti, «è che, essendo fondata sulla logica dell'esercizio del potere, ha una sua originalità che la differenzia inevitabilmente dal diritto privato e, per quanto riguarda il processo amministrativo, dal diritto processuale civile»: così F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 23 ss., secondo cui punto di partenza dovrebbe essere l'idea per cui «la discrezionalità amministrativa sottoposta al generale principio di legalità ha oggi assunto altre vesti: la necessaria coincidenza fra legalità e razionalità; la competenza esclusiva della pubblica amministrazione nella scelta fra più soluzioni astrattamente possibili secondo le varie manifestazioni della pro-

Nel momento in cui il sindacato diviene sempre più un sindacato sul *continuum* procedimento-processo, «in cui tutto è assorbito dal ragionamento unitario sull'efficacia dell'atto ed in cui, almeno come parametro per decidere, è inevitabile rifare nel processo l'istruttoria procedimentale», ecco allora che anche le criticità richiamate finiscono per incidere sul ruolo del giudice amministrativo e, in particolare, sulla tendenza a farne, e soprattutto a farsi, *signore* del rapporto amministrativo che si è concretamente sviluppato nell'ambito della fattispecie procedimentale e, dunque, della stessa identificazione del risultato legale da perseguire⁵¹.

Una tendenza che, per un verso, si può giustamente salutare come la prosecuzione di un itinerario evolutivo che si caratterizza per la valorizzazione della «sostanza sociale dell'opera del giudice amministrativo» quale «solutore di conflitti», con tutto ciò che ne dovrebbe conseguire «sul piano del sindacato sul fatto, dell'invenzione del diritto e dei poteri decisori che da tale posizione derivano»⁵².

blematica delle clausole generali, dei concetti giuridici indeterminati e del rinvio a norme non giuridiche»; per l'a. quindi, resta il fatto che il potere «ha le sue regole, ma rimane sempre potere e, come tale, differenziato rispetto al potere che deve controllare il rispetto delle regole da parte di un altro potere». D'altra parte, già Nigro aveva osservato che «i giudici in generale amano stabilire da sé i principi di vita e le regole d'azione dell'amministrazione e graduare così discrezionalmente il loro potere di incidenza in tale azione»: M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., 7. In generale, sulla discrezionalità come problema interpretativo, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, *passim*; si v. anche ID. *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

⁵¹ Così M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 13. Rispetto al ruolo del giudice amministrativo, d'altra parte, non va dimenticato che «il processo di integrazione europeo – oltre a realizzare un progressivo ravvicinamento dei sistemi di giustizia amministrativa – ha stimolato e supportato, nel caso italiano, una imponente opera di “decostruzione” delle principali qualificazioni del diritto amministrativo e di rimozione della sua “incrostazione autoritaria originaria”, la quale ha finito per ridisegnare anche ruolo e funzioni della giustizia amministrativa, da presidio di legalità dell'azione amministrativa a strumento di tutela effettiva delle pretese dei cittadini»; così A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 604 ss.

⁵² M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit., 482.

Per altro verso, però, questa traiettoria evolutiva, alle condizioni ordinamentali date e nutrendosi inevitabilmente anche delle criticità di cui si è detto, finisce per alimentare un utilizzo «strumentale» del processo, distante dal modello integrativo che lo stesso Nigro aveva teorizzato⁵³; un processo, cioè, che si manifesta «come una sorta di procedimento di riesame condotto sotto mentite spoglie processuali», in cui l'amministrazione può limitarsi «ad individuare il dispositivo del provvedimento, rinviando l'esplicitazione delle motivazioni», e il soggetto privato deve «attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione»⁵⁴.

⁵³ Come osserva G.D. COMPORI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 819 ss., invero, «la situazione attuale appare complicata dal caleidoscopico incrocio di una serie di problematiche che rappresentano l'effetto di lungo periodo di quel fenomeno di oltrepassamento della *iurisdictio* da cui ha preso le mosse il nostro sistema di giustizia nei confronti dell'amministrazione e che ha generato una serie di insoddisfazioni che si sono poi disordinatamente scaricate su momenti e istituti diversi dei rapporti amministrativi, generando dinamiche a senso invertito e non riconducibili entro un disegno organico»: da un lato, infatti, «si è veduto come una vera e propria tutela giurisdizionale nei confronti dei pubblici poteri si sia potuta affermare nel nostro ordinamento solo a condizione di assecondare il ruolo di mediatore e solutore di conflitti assunto da un giudice amministrativo che si è sempre posto in una singolare posizione collaborativa con l'amministrazione, in funzione della (pretesa) partecipazione alla legittima (ri)definizione dell'assetto degli interessi in gioco; dall'altro lato, e quasi a compensare il deficit di logica processuale registrato sul primo versante ma, allo stesso tempo, mutuandone e proiettandone in altra direzione la matrice antinomica, la codificazione di principi generali in materia di istituti e tecniche procedurali di decisione è avvenuta nell'ottica della progressiva processualizzazione del loro originario valore organizzativo». Ciò che, prosegue l'a., «al di là dell'indubbio miglioramento della qualità dell'attività collegato alla diffusione di una dialettica procedimentale improntata alla logica garantistica del contraddittorio ad armi pari, in luogo del finto rituale della collaborazione istruttoria alla formazione dell'atto, ha condotto ad un livello di integrazione-sovrapposizione tra forme dell'azione e tecniche processuali di tutela tale da determinare una sorta di ingorgo tra momento della decisione e quello del sindacato».

⁵⁴ Ancora, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit., 473, la quale ricorda che «il tipo di integrazione che viene qui in rilievo, e cioè il riconoscimento della facoltà dell'amministrazione di depositare atti istruttori idonei ad integrare il provvedimento impugnato o di individuare, ad integrazione della motivazione mancante, ulteriori elementi istruttori, è ben diverso dall'integrazione tra procedimento

Tutto ciò, oltre a riproporre la questione del superamento dei confini tradizionali del principio di separazione dei poteri, risulta particolarmente significativo ai presenti fini⁵⁵: permette, infatti, di cogliere alcune delle ragioni alla base delle tensioni e delle deformazioni che, anche alla luce del regime dei vizi non invalidanti, investono l'assetto partecipativo nel quadro dell'apprezzamento del *continuum* procedimento-processo da parte del giudice amministrativo.

Come si è già evidenziato, da ultimo anche nel paragrafo precedente, affermare la natura strumentale della partecipazione procedimentale non significa predicarne la sostanziale irrilevanza, ma innanzitutto riconoscerne l'inscindibile collegamento, strutturale e funzionale, con l'orizzonte procedimentale nell'ambito del qua-

amministrativo e processo giurisdizionale configurata da Nigro». Quando Nigro evidenziava che «il processo si trova inevitabilmente inserito nel flusso dell'attività amministrativa intendeva con ciò che il processo è un momento intermedio fra l'esercizio passato e l'esercizio futuro della potestà amministrativa e non che il processo potesse divenire un improprio succedaneo del procedimento amministrativo». Osserva peraltro M. CARTABIA, *Introduzione a Giovanni Falcone. L'istruzione probatoria nel diritto amministrativo (a cura di Gaetano Armao)*, in *Il Processo*, 2021, 202 ss., che «Il codice del processo amministrativo del 2010 ha in gran parte riconfermato il "metodo acquisitivo", prevedendo ampi poteri officiosi del giudice in considerazione della posizione di non equivalenza tra amministrazione e privati riguardo alla disponibilità del materiale di fatto necessario al processo»; allo stesso tempo, «il medesimo codice riconosce che spetta pur sempre alle parti fornire gli elementi di fatto e di diritto, idonei a fondare le rispettive domande ed eccezioni, qualora ciò rientri nella loro disponibilità (il cosiddetto onere del principio di prova)».

⁵⁵ Secondo V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 1825 ss., d'altronde, «la distinzione tra amministrazione e giurisdizione [...] appare dunque, per alcuni aspetti, incerta e sfrangiata». Per F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, cit., 24, ad ogni modo, «anche dopo l'emana-zione del codice sul processo amministrativo l'amministrazione e la giurisdizione amministrativa rimangono poteri separati»; ciò che «necessariamente si completa, come necessario riflesso sostanziale del principio del giusto processo, è il principio di legalità amministrativa che deve *in toto* disciplinare l'esercizio del potere amministrativo per soddisfare l'interesse legittimo del cittadino ormai trasformato in diritto pubblico soggettivo, cioè per soddisfare giudizialmente una pretesa del cittadino nascente da un rapporto con la pubblica amministrazione». Nell'ambito della dottrina costituzionalistica, in relazione alla ridefinizione dei contorni del principio della separazione dei poteri, si legga il recente contributo di T.F. GIUPPONI, *Separazione dei poteri*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, cit., 97 ss.

le l'ordinamento la iscrive in vista del raggiungimento del risultato legale⁵⁶.

In questa prospettiva, in relazione all'applicazione dell'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, ecco dunque che «al giudice spetta la valutazione della corrispondenza tra la fattispecie concreta (il risultato conseguito in un procedimento in cui non vi è stata la partecipazione del privato) e la fattispecie astratta (il raggiungimento del risultato legale)»⁵⁷; una valutazione che, muovendo dalla «piena cognizione del rapporto e della discrezionalità tecnica», pretende così che a tutti gli elementi e le dinamiche che compongono la vicenda procedimentale, unitariamente intesa, sia dato necessariamente rilievo⁵⁸.

Una valutazione, però, che risente fortemente delle criticità richiamate e che, almeno per certi versi, sembra poter spiegare alcuni degli orientamenti giurisprudenziali più radicali circa la dequotazione della partecipazione procedimentale⁵⁹.

Complici sia le *incoerenze* del legislatore sia le stesse *resistenze* del giudice amministrativo di cui si è detto, infatti, la cognizione piena del rapporto e della discrezionalità tecnica sembra assumere i contorni di una enunciazione di principio che non trova compiu-

⁵⁶ Tenendo sempre conto, però, delle riflessioni più generali di F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, cit., 170, secondo cui «il processo riproduce nel suo microcosmo quel rapporto tra Stato e individui che hanno la loro fondamentale definizione in quel macrocosmo che è l'ordinamento giuridico pubblico».

⁵⁷ Così M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 46.

⁵⁸ Sulla cognizione «piena» del giudice amministrativo, F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa nel 2020*, cit., 14.

⁵⁹ Ricorda, d'altra parte, A. MASSERA, «Giustizia nell'amministrazione e "ingiustizie amministrative tra passato e presente», in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 33 ss., che «ancora di recente proviene dall'interno del mondo della giurisprudenza amministrativa la notazione per la quale "il sistema di giustizia amministrativa italiano, anche nell'assetto attuale, è frutto di una stratificazione progressiva, in cui nulla si distrugge e ogni nuovo elemento si aggiunge; esso muove dalla legge fondamentale abolitiva del contenzioso, cui si aggiungono altre leggi "per sopperire alle esigenze che si manifestavano". Tale affermazione generale, d'altro canto, si può ritenere che corrisponda a una opinione alquanto diffusa nella letteratura giuridica in materia. Così come largamente diffusa è la consapevolezza circa la valenza politica che ha caratterizzato il tema della giustizia amministrativa fino alle soglie della contemporaneità».

ta corrispondenza nel diritto vivente⁶⁰; ciò che, alle condizioni date, concorre paradossalmente a favorire, non dovendo il giudice amministrativo conoscere del rapporto solamente per il tramite dello schermo di validità dell'atto, l'affermazione di una «idea malintesa di informalità dell'azione amministrativa» che, per ciò solo, pare ispirarsi più a logiche decostruttivistiche che semplicemente efficientistiche⁶¹.

Accanto a quanto evidenziato, è bene ancora sottolineare che il giudizio prognostico tratteggiato dall'articolo 21-*octies*, comma 2, traducendosi in un «ossimoro logico (immaginare ora per allora)», «ammanta di oggettività un giudizio che è in realtà soggettivo e che si risolve non già nell'apprezzamento di ciò che sarebbe potuto avvenire nel procedimento, ma in un'opera di persuasione del giudice sulle possibili migliorie del provvedimento adottato»⁶².

⁶⁰ A. POLICE, *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 23 ss., auspica che «nell'esercizio della funzione giurisdizionale – e soprattutto della giurisdizione di legittimità – la cognizione del giudice amministrativo non sia una cognizione immotivatamente limitata e fondata su di un continuo e non motivato atteggiamento di *self-restraint*, che rivela una ripulsa, per così dire, “subliminale” rispetto al fatto, al suo accertamento ed all'apprezzamento che di esso ha svolto la pubblica amministrazione». Più in generale, anche per un quadro evolutivo, si v. N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2009, 1 ss.; AA.VV., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008; si cfr. anche M. CLARICH, *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 969 ss.

⁶¹ Già prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, del resto, M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 573, aveva rilevato che «in un giudizio a struttura impugnatoria, non ancora attrezzato per verificare compiutamente la correttezza sostanziale dei provvedimenti, l'irrelevanza della violazione di una norma sul procedimento amministrativo si traduce infatti in una limitazione di tutela che peraltro, quantomeno riguardo agli adempimenti previsti dalla legge quali garanzie per le parti del procedimento, sembra rispondere a un'idea malintesa di informalità dell'azione amministrativa»; invero, prosegue l'a., i formalismi «andrebbero combattuti a monte, semplificando e riducendo agli adempimenti essenziali le forme procedurali stabilite dalle norme, anziché a valle».

⁶² Per M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 47, questo «ossimoro logico (immaginare ora per allora) [...] consiste in una finzione, qual è il dimostrare oggi che all'epoca dell'adozione del provvedimento la partecipazione del privato non avrebbe potuto condurre l'amministrazione ad esiti diversi»: secondo l'a. però, oltre a quanto riportato nel testo, «questo approccio tradisce la dimensione umana dell'*iter* istruttorio (magari è cambiata la persona in cui s'immersedima l'organo che ha emanato l'atto), dimentica le variabili fattuali “dell'allora”

Ne emerge così un quadro che, anche per l'assenza di paradigmi maggiormente certi, non solo si caratterizza per una significativa variabilità degli orientamenti giurisprudenziali, da settore a settore come pure nell'alveo degli stessi singoli settori⁶³, ma soprattutto finisce per rimettere, o comunque rischia di rimettere, di volta in volta ad una valutazione fortemente e intimamente soggettivistica del giudice amministrativo l'effettiva consistenza dell'apporto partecipativo, in rapporto all'unitarietà della fattispecie procedimentale, in vista dell'identificazione in sede processuale del risultato legale che si ritiene dovesse essere raggiunto; con tutto ciò che ne consegue, preconstituendo inevitabilmente le condizioni per esiti più o meno deformanti in ordine alla portata strumentale della partecipazione procedimentale, anche in relazione al rispetto dovuto ai fondamentali canoni e principi della stabilità, della certezza e della sicurezza giuridica⁶⁴.

(ciò che si intende depositare oggi non necessariamente sarebbe stato depositato al tempo), rende il giudizio curiosamente anacronistico (devono essere ignorati i fatti che siano occorsi in epoca successiva all'adozione del provvedimento)).

⁶³ In riferimento ai diversi orientamenti «interni» alla giustizia amministrativa, per A. POLICE, *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 23 ss., «è ovvio che l'evoluzione delle pronunce ed il dissidio costante e la crescita evolutiva di esse costituiscono il sale della funzione giurisdizionale»; ciononostante, occorre che «il processo evolutivo della giurisprudenza, che pure si fa per salti, sia caratterizzato da salti sempre rispettosi della graduale e ragionevole attesa dei fruitori del sistema di giustizia amministrativa, perché quando il salto è troppo ampio per poter essere compreso, o è un salto in avanti e poi all'indietro ripetuto nel tempo senza una decisa presa di posizione, si determinano una instabilità ed una incertezza che incidono negativamente sulle aspettative ragionevoli delle parti, anche della parte pubblica». Più in generale, anche in relazione alla tematica del dialogo tra le corti, si leggano le riflessioni di F.G. COCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, 1 ss.

⁶⁴ Del resto, come ha efficacemente osservato A. BARONE, *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 574 ss., «Agli occhi dell'amministrativista non è certo nuovo il contributo normativo della giurisprudenza: basti pensare al ruolo del Consiglio di Stato a cavallo tra XIX e XX secolo (ruolo speculare a quello svolto in Francia dal *Conseil d'Etat*), con un giudice amministrativo che, fin dall'epoca liberale, utilizzava metodi giurisprudenziali oltretutto giurisdizionali, secondo la nota espressione di Mario Nigro. Tale consapevolezza non può però tradursi nell'accettazione acritica di talune tendenze, come, ad esempio, i casi in cui i giudici nazionali di ultima istanza tendono ad alimentare l'asistematicità, con decisioni tra loro non sempre coerenti. Non possono che condividere, in particolare, le perplessità espresse da autorevole dottrina sui rischi connessi al

3. Il giudice amministrativo alla ricerca del risultato

Il giudice amministrativo, nel quadro dell'assetto ordinamentale che si è andato progressivamente delineando, è chiamato a svolgere un ruolo decisivo nell'apprezzamento della strumentalità della partecipazione procedimentale; un apprezzamento che, segnatamente attraverso il regime dettato per i vizi non invalidanti, viene effettuato tendenzialmente assumendo quale parametro anche il risultato legale che attraverso il percorso procedimentale si doveva raggiungere.

Il che, beninteso, non significa che «al giudice sia ormai disponibile il merito dell'azione amministrativa»: infatti, come si è precedentemente evidenziato, se «il risultato e l'efficacia» sono ormai «parte integrante della legalità, non c'è dubbio che il giudizio che li riguarda abbia ad oggetto la legittimità»⁶⁵.

Per tutte le problematiche richiamate, tra le quali non possono non menzionarsi anche la «decostruzione del diritto amministrativo» e le stesse incoerenze del legislatore, nella ricerca del risultato il giudice amministrativo si trova spesso di fronte a paradigmi normativi farraginosi, generici e indeterminati, anche per quanto concerne la sussunzione e l'esatta identificazione dell'interesse pubblico primario da soddisfare⁶⁶.

passaggio dalla fondamentale funzione di nomofilachia ad una giurisprudenza creativa *contra legem*, talora capace di ignorare i vincoli della nomofilachia europea». Si v. anche A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2015, 345 ss.

⁶⁵ Così M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 49-50, secondo cui, peraltro, «proprio perché il risultato è ormai parte della legittimità, laddove l'articolo 21-*octies* prevede la non annullabilità di atti che comunque conseguano il risultato voluto dalla legge, esso stia invero affermando la legittimità dell'atto: l'ultima riforma dell'art. 21-*nonies*, che esclude anche l'annullabilità in sede amministrativa, pare confortarmi nella lettura». E, prosegue l'a., si tratta di un dato non «irrelevante, perché dimostra che l'evoluzione dei contorni e dei confini dell'invalidità non è indotta da norme mal scritte o di cui non sono chiari gli effetti e neppure da una giurisprudenza irrispettosa dei principi dell'ordinamento. È invece il prodotto di una scelta politica consapevole di cui i giudici sono i custodi rispettosi».

⁶⁶ «Le vie della decostruzione sono state diverse. La più radicale è stata quella di negare il principio di legalità, prima negli isolati casi di applicabilità del diritto privato a singole attività della pubblica amministrazione, per poi passare alla più

Il giudice amministrativo si trova così molto spesso nella condizione di dover individuare, sulla base delle risultanze istruttorie, procedurali e processuali, i contorni effettivi del risultato legale che si doveva perseguire, ricorrendo a «una sorta di giudizio prognostico fatto *a posteriori*» per i casi di partecipazione mancata, ai sensi dell'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge sul procedimento⁶⁷.

Così facendo, però, è innanzitutto concreto il rischio che il giudice amministrativo, anche per «mentalità», si preoccupi di «salvare l'amministrazione da sé stessa», definendo «autonomamente quale sia l'interesse pubblico concreto, curandolo e realizzandolo a dispetto della stessa p.a., e dunque: senza, se non contro di essa»⁶⁸; un giudice, quindi, che alla fin fine potrebbe ritenere di dover «attingere alla “soluzione del problema amministrativo” solo se già data, e dunque nei casi residuali di attività vincolata o di definitivo esaurimento della discrezionalità amministrativa»⁶⁹.

radicale affermazione di un “grande ritorno” al diritto romano comune. Un modo radicale per negare la tipicizzabilità dell'esercizio del potere e tornare a prima di Romagnosi e della Rivoluzione francese o addirittura a prima di Pufendorf»: così F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2011, 741; del medesimo a., si v. ovviamente anche ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, *passim*.

⁶⁷ M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 46.

⁶⁸ Sono espressioni di A. ROMANO TASSONE, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 476. Sulla mentalità del giudice amministrativo, si leggano i lavori di G. ROMEO, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1185 ss.; ID., *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, ivi, 2011, 947 ss. Si v. A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2011, 505 ss.

⁶⁹ Così, pur se riflettendo sulla questione delle iniziative officiose del giudice, G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 461, secondo la quale «più radicalmente occorre osservare che l'idea che il giudice amministrativo possa derogare al principio della domanda assumendo autonome iniziative processuali, in nome della cura di interessi superindividuali oggi identificati con l'interesse pubblico concreto dedotto in controversia, mostra di ignorare che quest'interesse, pur se fondamentalmente oggettivo, è stato soggetto e perciò reso contestabile per precisa scelta di ordine costituzionale, che è quella di giungere alla definizione della ‘sfera di spettanza’ del privato attraverso il conflitto».

D'altronde, anche a prescindere sia dalle criticità più volte richiamate sia, per altro verso, dalle grandi dicotomie che caratterizzano storicamente la sistematica del processo amministrativo, a partire dal problema della relativa corrispondenza al modello soggettivo ovvero oggettivo, è innegabile come una forte spinta in questa direzione risieda ancora nella «persistente ambiguità di un giudice che, sia pure con crescenti (e consapevoli) limitazioni, continua ad amministrare»⁷⁰.

Di fronte alle complessità che si annidano fisiologicamente nelle concrete vicende procedimentali, ad ogni modo, tutto ciò pare indurre il giudice amministrativo a ritenersi, se non più libero, certamente sempre più veicolo *necessario* ai fini della identificazione dell'«interesse astratto voluto dalla legge» ovvero, secondo l'altra ormai diffusa prospettiva teorica, dell'«interesse pubblico in concreto definito nel procedimento»⁷¹.

Uno sguardo a taluni tratti che caratterizzano generalmente il sindacato del giudice amministrativo, per quanto evidentemente limitato alle finalità dell'indagine, può risultare utile.

Laddove vengano in rilievo poteri discrezionali, ad esempio, in un recente studio si è dato conto di alcune correnti giurisprudenziali che attraggono una serie di fattispecie «alla sfera del potere discrezio-

⁷⁰ In questi termini, commentando la sentenza del Cons. St., ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, L.R. PERFETTI, G. TROPEA, Heart of darkness: *l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 293 ss., per i quali occorre «rifuggire da quella che appare come un'illusione, forse la più pericolosa e seducente, ma al tempo stesso la più destrutturante ed ingannevole delle molte che ispirano l'assetto del sistema italiano di giustizia amministrativa: la pretesa del g.a. di "salvare l'amministrazione da sé stessa"». «Che questo sia il "cuore di tenebra" del processo amministrativo, o null'altro che il suo incancellabile codice genetico, è tema (da sempre e) tuttora oggetto di acceso dibattito». Sui pericoli che corre il processo amministrativo, si legga R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai "Cavalieri dell'Apocalisse"?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; su problemi del giudicato amministrativo e dell'efficacia della sentenza, invece, si legga per tutti il contributo monografico di S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, spec. 213 ss.

⁷¹ Secondo M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 48, d'altra parte, tutto ciò «attesta una certa ciclicità del diritto e conferma che il protetto nei processi sulla validità dell'atto non è il privato, ma l'interesse astratto voluto dalla legge, con buona pace, si dovrebbe aggiungere, dell'interesse pubblico in concreto definito nel procedimento».

nale pur essendo (almeno) discutibile che vi pertengano»⁷², riconfigurano «in eventi di esercizio del potere discrezionale valutazioni che nulla hanno a che fare con esso», trasformano la «opinabilità del dato normativo in fonte di potere discrezionale»⁷³, interpongono «la clausola dell'interesse pubblico nella fattispecie», «assumendola in una versione generalissima, senza alcuna tipizzazione normativa o procedimentale, assegnandole contenuti diversi da caso a caso»⁷⁴.

Tutte casistiche che, indipendentemente dai relativi esiti processuali e dalla sussistenza di orientamenti più o meno difforni, attestano comunque la tendenza della giurisprudenza amministrativa, o almeno di una significativa parte di essa, a ridefinire sempre più direttamente i contorni dell'interesse pubblico che doveva essere cor-

⁷² L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 434, a cui si rimanda anche per i riferimenti giurisprudenziali ivi richiamati, che muove dalla ricostruzione di una «sequenza concettuale largamente diffusa nella nostra giurisprudenza, per ragione della quale (i) la fattispecie oggetto della lite contiene l'espressione di un potere discrezionale – anche quando sia almeno discutibile che ciò sia vero ed, in disparte ciò –, (ii) per conseguenza vi è implicata una valutazione di pubblico interesse – sempre qualificato come «superiore» – il cui contenuto, tuttavia, rimane indefinito, presupposto, evocato e mai dettagliato (sicché finisce per restare nella disponibilità del giudice) e, per conseguenza (iii) si afferma l'esistenza di un limite alla giurisdizione amministrativa – quello della supposta insindacabilità del potere discrezionale – che, però, (iv) di volta in volta viene superato attraverso giudizi di proporzionalità, ragionevolezza, adeguatezza». In generale, si v. anche G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012.

⁷³ Invero, sempre secondo L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, cit., 444 ss., «altro è ritenere che l'incertezza contenuta nella norma attributiva del potere determini discrezionalità amministrativa ed altro che a fronte dell'incertezza circa l'interpretazione del dato positivo l'applicazione che ne abbia data l'amministrazione sia espressione di potere (discrezionale)».

⁷⁴ «Nella sostanza, si tratta di quelle ipotesi nelle quali il giudice amministrativo, a fronte di fattispecie ben definite dalla legge – sicché nessun reale ostacolo si pone ad un sindacato pieno sul rapporto controverso –, ne altera il contenuto introducendovi la clausola generale del pubblico interesse e la utilizza, per un lato per pubblicizzare categorie ed istituti cui quel carattere manca, ovvero per leggere in prospettiva pubblicistica regole che possono essere spiegate benissimo in una prospettiva nella quale non rileva il potere pubblico, oppure – infine – costruendo uno spazio di valutazione discrezionale insindacabile che, per vero, deriva solo dal fatto stesso dell'introduzione della clausola generale in questione nel ragionamento»: L.R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, cit., 445 ss.

rettamente perseguito attraverso il procedimento, nella consapevolezza che la relativa funzione giurisdizionale serva «a dare certezza ed effettività al diritto, a riparare i guasti della cattiva regolazione e a fornire un ambiente garantito in cui la competizione possa liberamente dispiegarsi»; un giudice, cioè, che «nel decidere un caso, pone all'amministrazione una regola di comportamento che vale per quel caso, ma che può – anzi, deve – valere per futuri casi simili», ed il cui sindacato deve rivolgersi «al procedimento nel suo complesso, per assicurare una tutela piena, per rinvenire ulteriori elementi di conoscenza, per potersi concentrare sulla “legalità procedimentale”»⁷⁵.

Anche rivolgendo lo sguardo al sindacato sulle valutazioni tecniche qualche indicazione può trarsi: da un lato, infatti, in queste ipotesi «le categorie tradizionali rischiano di vedere sfumati i propri confini, apparendo prevalente la sensibilità per le esigenze legate alla materia rispetto all'attenzione per la coerenza di sistema»; dall'altro, però, il sindacato sulle valutazioni tecniche diviene «a geometria variabile» e non «uniforme»⁷⁶.

⁷⁵ F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa e discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019, 4 e 10 ss., ove si afferma, da un lato, che l'assenza «di regole legislative chiare e stabili spinge, sempre più spesso, l'amministrazione ad applicare non più un “indirizzo”, ma una vera e propria “regola” giurisprudenziale», acquisendo «così, un significato nuovo e più pregnante l'“effetto conformativo esterno” della sentenza, che ne espande la “funzione extraprocessuale”»: «nei rapporti fra giudice e amministrazione è il superamento della lettura tradizionale del principio di legalità»; d'altro lato, che «il percorso lineare “interesse pubblico – norma di attribuzione del potere – provvedimento”, alla base del principio di legalità del secolo scorso, si è da tempo irreversibilmente modificato», nel senso che «l'interesse pubblico non è più “singolare” e predeterminato dalla legge, ma è ormai il frutto del complesso contemperamento tra interessi pubblici “plurali”, spesso contrapposti, e a loro volta “bilanciati” con gli interessi dei privati». Di conseguenza, il «“luogo del confronto”, in cui i diversi interessi pubblici in gioco si compongono, anche con quelli dei privati, è sempre più il procedimento, ambito in cui si realizza l'unità di tempo, spazio e azione del rapporto tra privato e pubblico potere, e in cui l'interesse pubblico in concreto perseguito “si fa”, nella dinamica del confronto». Di più, «anche il potere pubblico non è più puntualmente prefigurato; e, di conseguenza, nei casi più complessi, lo stesso provvedimento non è necessariamente predeterminato e può avere contenuto mutevole e articolato, poiché deve riassumere istruttorie procedimentali ad elevata complessità».

⁷⁶ Così C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, cit., 230. Si legga anche F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezio-*

Alle volte, del resto, il vaglio sulla decisione tecnica è accostabile a «un giudizio circa la condivisibilità o meno di quella scelta e il confine tra sindacato “sostitutivo” e “non sostitutivo” è reso più incerto»; altre volte, si assiste ad una sovrapposizione tra la dimensione della complessità tecnica e quella «dell’inadeguatezza della motivazione», pretendendosi dalle parti la deduzione circa «“l’esistenza di specifiche figure sintomatiche dell’eccesso di potere” in quanto il sindacato resta tuttora ancorato al parametro della ragionevolezza tecnica»⁷⁷.

nalità tecnica. Il caso dell’ARERA, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 430 ss., secondo cui «La giurisprudenza ha adottato modalità di controllo delle valutazioni tecniche molto diverse da settore a settore; l’unico elemento comune che è possibile rinvenire nella casistica è una generica diminuzione dell’intensità del controllo giurisdizionale. Anche all’interno di uno stesso settore, si sono sviluppati orientamenti poco uniformi e imprevedibili: insomma, la nozione di discrezionalità tecnica non ha comportato l’utilizzo di una modalità di sindacato peculiare e specifica, applicata in maniera omogenea a tutte le valutazioni tecniche. Paradossalmente, questa disomogeneità si è acuita con il passaggio da un controllo di tipo estrinseco (in cui il giudice non poteva sindacare i risultati della valutazione tecnica della pubblica amministrazione, a prescindere dalla sua opinabilità o meno a uno più intenso, cosiddetto intrinseco, basato sulla diretta conoscibilità della valutazione tecnica dell’amministrazione». E, infatti, «quest’ultima modalità di sindacato, che ha comportato un significativo passo avanti verso l’effettività della tutela giurisdizionale, attribuisce ancora più rilevanza alle tecniche adottate in concreto dai giudici amministrativi, dal momento che si concretizza nel controllo di ragionevolezza e logicità del procedimento tecnico utilizzato dall’amministrazione». In generale, si v. anche i contributi raccolti in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998; A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, 439 ss.; G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 705 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007. Di recente, inoltre, si v. A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell’ordinamento*, Napoli, Jovene, 2021.

⁷⁷ Così, come anche per i passaggi riportati nel testo, C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull’attività consultiva nell’ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, cit., 231, la quale rileva altresì che, «in altri casi ancora, il giudice si attesta su posizioni aperte. È il caso, ad esempio, dei concorsi in materie giuridiche, in cui il giudice, pur affermando di limitarsi a valutare la coerenza e la correttezza della scelta tecnica demandata all’amministrazione, sembra in verità applicare una sorta di scienza privata e operare personalmente la comparazione tra i candidati. Non mancano poi ambiti in cui il giudice si astiene dall’esame dei profili tecnici riservati all’amministrazione fino a ritenere, con richiamo alla tradizione, il ricorso inammissibile per il solo fatto che comporta la necessità di approfondimenti tecnici».

Recentemente, poi, si è persino registrata una ulteriore evoluzione, per quanto ancora non pienamente maturata, affermandosi che «quando il fatto storico è direttamente accertabile dal giudice e non mediato dall'apprezzamento dell'autorità, al sindacato (non sostitutivo) di "attendibilità" va sostituito un sindacato pieno di "maggiore attendibilità"»⁷⁸.

Nel complesso, ad ogni modo, in relazione al sindacato sulla discrezionalità tecnica i giudici amministrativi «sembrano ancora legati a un modello di sindacato indiretto e convinti della centralità del provvedimento amministrativo», assecondando «un'interpretazione molto rigida del principio di prova»⁷⁹.

In generale, quindi, la sensazione rimane quella di un giudice amministrativo per il quale le limitazioni al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche «sono essenzialmente "autoreferenziali"»,

⁷⁸ Arrivandosi finanche a ritenere che «quand'anche il giudice debba "cimentarsi con saperi estranei alla sua area di competenza", il suo compito è quello di individuare la regola scientifica nel contesto di riferimento secondo il criterio del "paradigma scientifico maggiormente accolto": C. SERENI LUCARELLI, *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, cit., 232, richiamando le recenti pronunce Cons. St., sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990 e Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2020, n. 8387.

⁷⁹ In questi termini, F. CAPORALE, *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, cit., 460 ss., il quale efficacemente osserva anche che «la completezza degli strumenti istruttori è un tassello fondamentale per il passaggio da un sindacato estrinseco a uno intrinseco della discrezionalità tecnica e per la pienezza della tutela giurisdizionale, in generale». Vero è, però, che «l'istruttoria è uno strumento neutro, che si adatta alla logica del sindacato giurisdizionale in uso e alla sensibilità culturale dei giudici che ne fanno uso: almeno per il momento, quindi, gli strumenti istruttori non sembrano essere riusciti a plasmare le modalità del sindacato giurisdizionale, ma, al contrario, sembrano essere stati plasmati sulle modalità del sindacato giurisdizionale». Di conseguenza, prosegue, l'a., «maggiore è lo spazio per le valutazioni politiche e di interesse pubblico, minore è l'intensità del controllo sugli aspetti tecnici della decisione (si pensi alle decisioni relative alla dichiarazione di interesse storico di un edificio, in cui interessi pubblici e valutazioni politiche occupano un ruolo centrale, rispetto ad esami e concorsi, in cui interessi pubblici e valutazioni politiche sono meno rilevanti se non totalmente inesistenti)». «Maggiore sarà l'opinabilità della decisione, per l'assenza di regole scientifiche che fungono da guida per il giudice, meno pervasivo sarà il controllo di ragionevolezza (si pensi alle valutazioni mediche, settore dotato di regole tecniche molto specifiche, rispetto a concorsi ed esami, area pressoché sprovvista di regole tecniche)».

nel senso che il giudice «decide così perché è lui stesso che dispone in ordine all'oggetto e alle modalità del sindacato»⁸⁰.

Non può essere evidentemente questa la sede per riflettere sul più generale problema, e sugli altrettanti numerosi problemi, che pone, con intensità che pare crescente nella contemporaneità, il diritto giurisprudenziale ovvero finanche il c.d. creazionismo giurisprudenziale⁸¹.

⁸⁰ G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 705.

⁸¹ Inteso come il «potere del giudice di creare nuovo diritto, al di là della legge e perfino contro la legge»: così L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, 22; si v. anche ID., *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018, *passim*; si cfr. anche D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1579 ss. Differente, come noto, la posizione di P. GROSSI, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in AA.VV., *L'incertezza delle regole*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 26, secondo cui «il pluralismo giuridico [...] detronizzando la legge ha eroso il contenuto tipico del vecchio principio di legalità di conio moderno, frantumandolo e togliendogli pregnanza». «Se le fonti si sono pluralizzate, addirittura de-tipicizzate, è consequenziale che il nostro principio si sia necessariamente trasformato in una sorta di principio di giuridicità, riferendosi ormai al variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica»; si legga anche ID., *Il giudice civile, un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1139 ss.; ID., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, ivi, 2017, 831 ss.; ID., *A proposito di "diritto giurisprudenziale"*, ivi, 2020, 1 ss., ove si afferma che «il 'diritto giurisprudenziale' deve essere colto quale insostituibile presenza nell'odierno cammino oltre la legalità». Necessaria, ad ogni modo, è certamente anche la lettura dei contributi di Irti, tra cui si richiama N. IRTI, *Il diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016 e di Falzea, di cui si cfr. A. FALZEA, *Giuristi e legislatori*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica I, Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, 665 ss. Nella dottrina privatistica, senza pretesa di completezza, si leggano anche R. PARDOLESI, G. PINO, *Postdiritto e legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, IV, 116 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015; ID., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 981 ss. Sulla «giuristocrazia», si v. G. BONGIOVANNI, *Democrazia*, in G. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, cit., 77. Nella dottrina costituzionalistica, con riferimento invece agli «sconfinamenti» della Corte costituzionale, si leggano i lavori di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss. e ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 2021, 170 ss. Nella scienza del diritto amministrativo, anche qui senza pretesa alcuna di esaustività, si v. A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2015, 691 ss.; si legga anche R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, cit., 369 ss.; P.G. PORTALURI,

Resta il fatto, però, che queste traiettorie ordinamentali incidono fortemente, sostanzialmente anche *oltre* il giudizio prognostico *a posteriori* delineato in relazione al regime dei vizi non invalidanti, sul rilievo e sulla portata della partecipazione procedimentale, ispirando letture giurisprudenziali più o meno deformanti circa la strumentalità dell'apporto partecipativo rispetto al risultato concretamente da perseguire attraverso la fattispecie procedimentale portata al vaglio del giudice amministrativo.

Si considerino, come si è sottolineato in precedenza, sia la vicenda che ha interessato la figura del preavviso di rigetto, almeno fino al ricordato intervento del legislatore, sia la questione della rilevanza dell'obbligo motivazionale⁸².

Soprattutto, però, sono sempre di più le stesse parole del giudice amministrativo a rendere non meramente allusivo, ma oramai decisamente esplicito questo convincimento.

Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice – Ich kenne die Sprechchöre der Macht und des Rechts, Die Lautverstärker und Sinnverfälscher der Regime. C. Schmitt, Gesang des Sechzigjährigen, in Dir. proc. amm., 2021, 232 ss.; sul rilievo dei principi, si v. M. PROTTO, Il diritto debole, Torino, Giappichelli, 2019, 141 ss.; sul ruolo storicamente svolto dal giudice amministrativo e, in particolare, dal Consiglio di Stato nella costruzione del diritto amministrativo, tra gli altri si v. i contributi raccolti in C. FRANCHINI (a cura di), Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia, Torino, Giappichelli, 2011.

⁸² Per M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit., 471 ss., «si assiste alla degradazione di molte ipotesi di violazione di legge a forme di illegittimità non invalidanti, con la conseguenza di far considerare inutile formalismo anche il rispetto di regole che hanno una valenza che va al di là della tutela degli interessi specifici di un singolo»; in particolare, secondo l'a. «l'esempio è proprio offerto dalla regola dell'obbligo di motivazione, che riveste un'indubbia importanza anche in termini di giustificazione sostanziale delle scelte amministrative, oltre che in termini di responsabilità dell'amministrazione di fronte a tutti i cittadini e, in definitiva, in termini di civiltà giuridica». «Dal canto suo, una parte della giurisprudenza amministrativa ha contribuito a rafforzare questo nuovo modello di statuto provvedimentale, ad esempio, riconoscendo all'amministrazione la facoltà di spiegare anche nel corso del processo le ragioni a fondamento della propria decisione»: tuttavia, «vi è un'evidente circolarità nel ragionamento svolto dalla giurisprudenza in esame, che prima forza la portata normativa dell'articolo 21-octies per ricomprendervi il difetto di motivazione e poi ritorna alla norma stessa per giustificare l'integrazione postuma».

In una recente pronuncia, infatti, si afferma testualmente che «quella dettata invece per lo specifico vizio procedurale rappresentato dalla mancata comunicazione di avvio del procedimento, richiede per la conservazione dell'atto, pure se discrezionale, un onere probatorio aggiuntivo a carico dell'amministrazione procedente circa l'*inutilità* del potenziale apporto collaborativo dell'interessato»; il riferimento all'omessa comunicazione di avvio del procedimento, in particolare, «non costituisce una "specializzazione" alternativa, anche di disciplina, della più generica e generale "violazione di norme sul procedimento", di cui al periodo precedente del comma in esame»: «esso ha inteso casomai estendere il principio di conservazione degli atti, pur se discrezionali, per economia generale, laddove *in sede processuale* si sia *sostanzialmente rimediato* a quello strappo alle regole partecipative⁸³.

Per il giudice amministrativo, cioè, una volta che «l'amministrazione sia stata *costretta* a confutare *addirittura* in giudizio la *potenziale* incidenza delle ragioni dell'interessato, non può non trovare comunque applicazione il principio riassunto nel noto brocardo *utile per inutile non vitiatur*»⁸⁴.

Così facendo, però, la strumentalità della partecipazione procedimentale, che in sé e per sé non dovrebbe determinarne la sostanziale marginalizzazione, può essere a tal punto trasfigurata da risolversi in un mero accidente formalistico e, per ciò solo, fisiologicamente dequotabile.

Per evitare il rischio che queste derive si consolidino ulteriormente, più che rincorrere o auspicare eventuali opzioni *de jure condendo*, non necessariamente risolutive, è allora dalla stessa giurisprudenza amministrativa che occorrerebbe attendersi, in un quadro segnato da interlocuzioni sempre più intense e circolari con la legislazione e la scienza giuridica, un maggior rigore nel contenimento delle spinte deformanti che investono la strumentalità della partecipazione procedimentale dei soggetti privati⁸⁵.

⁸³ Così Cons. St., sez. II, 4 giugno 2020, n. 3537.

⁸⁴ Ancora, emblematicamente, Cons. St., sez. II, n. 3537/2020 cit.

⁸⁵ Del resto, come dimostra uno studio recente sulle decisioni della giurisprudenza amministrativa nel quadro dell'emergenza pandemica deflagrata nel 2021, il giudice amministrativo è pienamente in grado di comprendere il ruolo «storico»

4. *Scenari e prospettive: verso un ritorno del valore della partecipazione procedimentale*

Il percorso di indagine svolto ha condotto a rivelare la natura intrinsecamente strumentale della partecipazione procedimentale; una strumentalità che, d'altra parte, per una serie di ragioni, anche di ordine più generale, una parte significativa della giurisprudenza amministrativa tende a deformare fino a ridurla ad un vuoto simulacro.

Giungendo al termine dell'indagine, tuttavia, deve darsi conto di alcune traiettorie ordinamentali che, per quanto in gran parte ancora nebulose, potrebbero invero condurre ad una inversione delle tendenze in atto, anche sul versante giurisprudenziale, circa il rilievo attribuito alla partecipazione procedimentale.

Un rinnovato rilievo che, nel vorticoso divenire delle dinamiche giuridiche indotte dalle trasformazioni sociali, economiche e istituzionali in corso, siano esse di matrice emergenziale o meno, potrebbe forse muovere anche da una più consapevole e matura affermazione della «prospettiva relazionale», ovvero, in particolare, della circostanza per cui tra «cittadino e pubblica amministrazione si instaura un rapporto giuridico vero e proprio» e non «un incontro accidentale, costituente la risultanza indiretta e occasionale del perseguimento dell'interesse pubblico a opera della seconda»⁸⁶.

In questo senso, ad esempio, depongono già gli orientamenti giurisprudenziali che *resistono* alle letture più radicali della discipli-

che è spesso chiamato a svolgere: si cfr., al riguardo, F. GOISIS, *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 853 ss.

⁸⁶ Così R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, cit., 230. D'altronde, come osserva M. DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, cit., 25, «nel momento in cui anche il privato partecipa, ciò che conta è il comportamento di tutte le parti (che siano stati o meno consegnati documenti, che si sia presa o meno visione dei documenti) e tutto diventa un gioco di relazione. Ciò fa sì che la validità e l'invalidità del provvedimento dipendano per buona parte dalle regole di quella relazione e dal modo in cui le parti si sono vicendevolmente rapportate. In altro modo, poiché la manifestazione di volontà che si pretende essere viziata non è più unilaterale nella sua formazione, l'invalidità non dipenderà più solo dalla sequenza logica che l'amministrazione ha seguito e dal rispetto delle norme di azione, ma sarà anzitutto patologia del modo in cui è stato condotto il rapporto».

na stabilita dall'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge sul procedimento, come ad esempio quelli in forza dei quali, anche attraverso una valorizzazione delle disposizioni settoriali, la comunicazione di avvio del procedimento viene configurata «come un adempimento indispensabile ai fini dell'effettiva instaurazione del contraddittorio procedimentale con l'interessato»⁸⁷.

Ci si riferisce, però, anche a quelle pronunce del giudice amministrativo che assumono la motivazione «come il vero statuto sostanziale del provvedimento amministrativo», in cui quindi «il nesso di strumentalità tra procedimento e processo è portato al massimo grado e l'esercizio del potere va sempre puntualmente sorretto dall'esplicazione di elementi di fatto, di specifici dati istruttori e di peculiari esigenze giustificative sottese alla decisione assunta, dando atto della ponderazione di interessi effettuata»⁸⁸.

⁸⁷ Così TAR Campania, Salerno, sez. II, 8 gennaio 2020, n. 15, secondo cui né «può ritenersi, come opinato dalla difesa del Comune, che la circostanza del previo sopralluogo congiunto, esperito anche alla presenza della società ricorrente, potesse rendere, in concreto, superfluo l'assolvimento dell'obbligo, di cui all'articolo 7 della legge n. 241/90: ciò in quanto, evidentemente, l'effettuazione di detto sopralluogo (da cui, tra l'altro, scaturiva una soluzione, al problema della presenza dei rifiuti in oggetto, di tipo completamente diverso, in quanto concordata tra le parti), non può essere, in alcun modo, considerato come equipollente – sul piano giuridico – della comunicazione d'avvio del procedimento, teso all'emanazione dell'ordine coattivo di smaltimento dei rifiuti e di bonifica dell'area interessata, e ciò sia sotto il profilo formale, difettando lo stesso, evidentemente, delle indicazioni previste obbligatoriamente dall'articolo 7 cit., sia sotto il profilo sostanziale, non manifestandosi affatto, in esso, l'intento dell'amministrazione di procedere autoritativamente all'ordine di rimozione dei rifiuti medesimi»; si v. anche TAR Campania, Salerno, sez. I, 2 marzo 2016, n. 488; Cons. giust. amm. per la Regione siciliana, sez. giur., 28 maggio 2019, n. 497, per cui «è illegittima l'ordinanza sindacale di rimozione e smaltimento di rifiuti abbandonati da ignoti in assenza di preventiva e formale comunicazione di avvio del procedimento, di cui all'articolo 7 della legge n. 241/1990, in quanto, ai sensi dell'articolo 192, comma 3, del decreto legislativo n. 152/2006 e, in carenza di urgenza che ne giustifichi l'omissione, è necessario l'accertamento in contraddittorio del profilo soggettivo della responsabilità solidale, a titolo di dolo o di colpa, in capo all'ente proprietario della strada interessata dagli illeciti sversamenti e non è sufficiente a tal fine un mero *scambio epistolare* tra enti con competenze diverse».

⁸⁸ M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, cit., 474; nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, tra le altre, si cfr. la sentenza del TAR Puglia, Lecce, sez. III, 27 ottobre 2017, n. 1674, nella quale si afferma che «la motivazione del provve-

In ben altra e forse più generale prospettiva, però, devono se non puntualmente richiamarsi, quanto meno evocarsi, alcune dinamiche ordinamentali più o meno recenti in cui la partecipazione procedimentale, finanche in un'ottica democratica, sembra assumere contorni non meramente *serventi*.

In precedenza, del resto, si è già accennato sia all'annosa questione correlata alla progressiva emersione della categoria dei beni comuni sia alla proliferazione di forme, anche pattizie, di collaborazione civica⁸⁹.

Soprattutto queste forme, infatti, sono andate diffondendosi sempre più nella prassi applicativa, anche sull'onda di alcune innovative esperienze regolamentari promosse a livello locale⁹⁰; esperien-

dimento costituisce l'essenza e il contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata, e non può certo essere emendata o integrata, quasi fosse una formula vuota o una pagina bianca, da una successiva motivazione postuma, prospettata *ad hoc* dall'amministrazione resistente nel corso del giudizio, e che il difetto di motivazione nel provvedimento impugnato non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (articolo 3 della legge n. 241/1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'articolo 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241/1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti»; si cfr. anche Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629.

⁸⁹ Si cfr. *infra*, cap. I, § 1. In generale, però, si rimanda al lavoro monografico di C. MICCICHÈ, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018 nonché i contributi di C. IAIONE, *Il diritto delle comunità urbane: Principi, strumenti e mezzi di tutela*, Milano, Franco Angeli, 2020; Id., *Governing the Urban Commons*, in *Italian Journal Of Public Law*, 2015, 170 ss.; si cfr. anche P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), *La Co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per la rigenerazione urbana l'innovazione sociale l'economia collaborativa e i beni comuni*, Napoli, Jovene, 2019; S. FOSTER, C. IAIONE, *The City as a Commons*, in *Yale Law And Policy Review*, 2016, 281 ss.

⁹⁰ Si consideri, per tutti, il caso del regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani del Comune di Bologna, approvato con delibera C.C. n. 45010/2014 del 19 maggio 2014. Al riguardo, in riferimento al rapporto tra i patti di collaborazione ivi disciplinati e altri istituti più o meno simili e dunque alle stesse funzioni che i patti sono chiamati ad assolvere, merita di essere riportata l'osservazione di G. CALDERONI, *Patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2016, secondo il quale «Nel caso di doppia cornice (ovvero di compresenza patto di collaborazione/altro istituto giuridico), la duplicità non significa anche "doppione" (e dunque superfluità del patto), in quanto le rispettive funzioni potrebbero essere così

ze che, pur prevedendo la conclusione dei patti di collaborazione all'esito dello svolgimento delle dinamiche procedurali ivi delineate, paiono per certi versi sussumere la partecipazione dei soggetti privati come una delle finalità che tanto l'astratta articolazione dei modelli pattizi quanto l'effettiva attivazione dei corrispondenti percorsi mirano a promuovere e raggiungere, primariamente e per sé, anche *oltre* gli obiettivi concretamente da perseguirsi attraverso di essi⁹¹.

individuate e distinte: i) al patto di collaborazione, il compito di fungere da cornice esterna, e dunque di fornire il contesto di fondo in cui l'iniziativa si iscrive, nonché il collegamento con tutte le iniziative simili e tuttavia differenti, ugualmente riconducibili al regolamento comunale: solo esemplificativamente, ma non riduttivamente si potrebbe dire che il patto rappresenta il *fil rouge* (il "logo", ma non solo) di tutti i 186 patti sinora sottoscritti e di quelli che lo saranno in futuro, in modo da dare corpo e tessuto comune alla singola iniziativa, ricomponendo in un quadro progettuale unitario ogni possibile frammentarietà della stessa; ii) all'istituto di volta richiamato e compresente, il compito (cornice interna) di meglio articolare e supportare giuridicamente le specificità proprie del singolo patto sia in vista della regolazione dei rapporti tra i sottoscrittori, sia in vista della tenuta di fronte alle eventuali obiezioni mosse, anche in sede giurisdizionale, da terzi estranei. Quando poi, tenuto conto del particolare contenuto del patto (iniziative occasionali, estemporanee, "marginali" e di durata temporale limitata) e/o della particolare natura (generalmente informale) del soggetto interlocutore non si dovessero riscontrare i presupposti e/o l'opportunità di procedere con la "cornice doppia", il patto di collaborazione assolverà la funzione di cornice giuridica unica, cioè di "chiusura" del sistema complessivo»; si v. anche A. GIUSTI, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani*, Torino, Rubettino, 2020, 25.

⁹¹ Secondo P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2016, d'altronde, «bisogna pertanto ritenere come la disciplina di riferimento, anche se non richiamata, sia quella di cui alla legge n. 241/1990, specialmente per quanto concerne gli assetti e le decisioni interne, quali pareri od altro»; in particolare, per l'a. «è nell'istruttoria che dovrebbe essere prevista, attraverso audizioni, meccanismi vari di partecipazione e l'acquisizione di eventuali pareri, la composizione degli interessi: primari, secondari, pubblici e privati, di fatto o meno». Ne consegue «come i patti non abbiano una sola finalità, ma siano piuttosto degli strumenti preordinati a risolvere, in modo consensuale (senza pertanto utilizzare il tradizionale sistema di *command and control*), tanto problemi minuti e circoscritti (piccoli interventi di cura occasionali, che si possono esaurire in una sola prestazione o fornitura episodica), quanto questioni di grande rilevanza e ampiezza». Così configurati, come correttamente rileva l'a., i patti, «da meri "attrezzi", diventano [...] il modo per riformare, a partire dal basso, l'amministrazione e la governance della città. Nasce insomma, secondo l'intenzione degli estensori, una nuova funzione amministrativa ("gestione della cura condivisa dei beni comuni urbani"),

Invero, almeno nelle intenzioni iniziali, l'introduzione di questi patti avrebbe dovuto soprattutto rispondere all'esigenza di regolare le forme più spontaneistiche della collaborazione tra cittadini e amministrazioni pubbliche. Quelle forme di collaborazione, cioè, che si caratterizzano – essenzialmente – per lo svolgimento di prestazioni o comunque per la realizzazione di interventi di ordine volontaristico da parte dei cittadini, anche quali portatori di interessi collettivi o diffusi; prestazioni o interventi, quindi, che tendono a svilupparsi all'esterno del perimetro amministrativo, convergendo poi verso di esso secondo un moto discendente.

Nella prassi applicativa, però, la carica innovativa che i patti di collaborazione esprimevano è stata, per certi versi, gradualmente annacquata; invece di favorire la declinazione di nuovi modelli di essere e agire delle stesse amministrazioni pubbliche, infatti, si è spesso assistito un uso *burocratico* di questi patti, al punto che anche più o meno ordinarie attività di servizio hanno finito per essere sussunte nei relativi archetipi, così tuttavia capovolgendo le logiche e le attese iniziali, nel senso di una amministrazione che li utilizza per espandersi nuovamente verso l'esterno.

Anche sull'onda degli sviluppi del diritto europeo, poi, non c'è dubbio che un significativo contributo possa derivare dal riconoscimento, sempre più diffuso e consapevole da parte del giudice amministrativo, del dovere delle amministrazioni di comportarsi secondo correttezza e buona fede nei rapporti con i cittadini; un dovere che, invero, «anche la legislazione ha assecondato progressivamente, inserendone la previsione nella legge fondamentale sul procedimento amministrativo, n. 241 del 1990, a sottolinearne la strategicità»⁹².

“sganciata” dai tradizionali principi dell'amministrare (pur non essendo contraria agli stessi), che dovrebbe essere in grado di informare, per quanto possibile, tutte le altre funzioni. In un percorso a ritroso, inverso, sussidiario, la funzione dovrebbe quindi modificare e trasformare anche il “potere”».

⁹² Così, di recente, Cons. St., sez. II, 6 maggio 2021, n. 3545, richiamando il comma 2-bis introdotto nell'articolo 1 della legge n. 241/1990 dall'articolo 12, comma 1, lettera oa), della legge n. 120/2020; in precedenza, si v. anche Id., sez. I, 20 novembre 2020, n. 7237; merita di essere richiamata anche la recente sentenza del TAR Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 6 ottobre 2021, n. 825, ove si sottolinea altresì, richiamando la pronuncia della Corte cass. civ., sez. III, 29 gennaio 2021, n.

Un dovere che, come ha evidenziato la stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, non può che investire anche lo svolgimento dell'attività autoritativa, imponendo quindi all'amministrazione di rispettare, «oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza»⁹⁵.

Il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede, del resto, finisce per costituire «una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale che trova il suo principale fondamento nell'articolo 2 della Costituzione» e che, gravando su tutti i membri della collettività, «si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano “momenti relazionali” socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva»: affidamenti, d'altra parte, tanto più rilevanti nella sfera dei rapporti di diritto pubblico sol considerando che «da chi esercita una funzione amministrativa» il cittadino si aspetta «uno sfor-

2154, che «il principio di correttezza e buona fede oggettiva *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. assume in ambito civilistico una connotazione sua propria, potendo concretizzarsi nella commisurazione del rilievo sinallagmatico delle obbligazioni coinvolte, e nella “proporzionalità” degli eventuali rispettivi inadempimenti, da valutare non in rapporto alla rappresentazione soggettiva che le parti se ne facciano, ma in relazione alla oggettiva proporzione degli inadempimenti stessi, riguardata con riferimento all'intero equilibrio del contratto ed alla buona fede».

⁹⁵ Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, secondo cui da «tale quadro giurisprudenziale e normativo emerge, quindi, che i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato»; si v. anche Cons. St., sez. IV, 8 marzo 2019, n. 2265. Si cfr. anche Corte cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Corte cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

zo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*⁹⁴.

Ci si può evidentemente domandare, anche per i riflessi che ne discendono, se tutto ciò sia frutto di uno stimolo esterno, in particolare del diritto europeo, come il giudice amministrativo da qualche anno a questa parte sembra ritenere, ovvero l'esito di una evoluzione giurisprudenziale, essenzialmente interna, circa i contorni delle relazioni che si instaurano tra amministrazione e amministrati; al netto di questo pur fondamentale interrogativo, però, resta il fatto che l'ulteriore sviluppo della costruzione "relazionale" del procedimento potrebbe effettivamente concorrere a un rinvigorimento sostanziale anche delle stesse dinamiche partecipative che alimentano il rapporto amministrativo.

Sia gli orientamenti giurisprudenziali richiamati sia, per altro verso, le forme di collaborazione civica di cui si è detto, ad ogni modo, corrispondono a itinerari che attraversano da tempo l'ordinamento italiano e, come tali, non sembrano a tutt'oggi in grado di poter determinare, quantomeno autonomamente, significative inversioni di tendenza circa il rilievo riconosciuto alla partecipazione procedimentale, anche alla luce degli indirizzi della giurisprudenza

⁹⁴ Si v. Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, ove si afferma a tal riguardo che «la teoria del "contatto sociale qualificato" – in disparte, in questa sede, la questione ampiamente dibattuta, se ed a quale condizioni il contatto possa assurgere a fonte "atipica" di obbligazione – ha avuto il merito di avere messo bene in luce il legame esistente tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro»; e, in questo senso, «un ricorrente elemento che contribuisce a qualificare il contatto sociale come fonte di doveri puntuali di correttezza a tutela dell'altrui affidamento è certamente rappresentato dal particolare *status* – professionale e, talvolta, pubblicitico – rivestito dai protagonisti della vicenda "relazionale"». Sulla pronuncia dell'Adunanza plenaria del 2018, si legga L. LORENZONI, *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, 2020, 235 ss.; in riferimento alla teoria del contatto sociale, nella scienza del diritto amministrativo, si legga V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 601 ss.; M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per la lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 235 ss.; con riferimento ai profili correlati invece alla responsabilità precontrattuale, si legga anche G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.

amministrativa e del contegno, più episodico che ondivago, serbato dal legislatore.

Più di recente, invece, sono alcuni dei contenuti del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) a restituire la sensazione che, in un prossimo futuro, potrebbe forse assistersi a un cambio di paradigma⁹⁵; una impressione che, ad avviso di chi scrive, sembra potersi in particolare ricavare da almeno due indici sintomatici.

In primo luogo, infatti, ci si riferisce a tutte quelle misure che, direttamente o indirettamente, dovranno determinare, o comunque favorire, l'effettiva transizione digitale dei procedimenti amministrativi, muovendo dal rafforzamento anche della «cittadinanza digitale» attraverso iniziative dedicate volte a migliorare le competenze digitali di base⁹⁶.

Basti pensare, tra quelle già oggetto di trasposizione sul piano positivo, alle previsioni in tema di comunicazioni e identità digitali, a partire da quelle relative alla c.d. delega digitale ovvero al regime sanzionatorio dettato per la violazione dei relativi doveri, fino ad arrivare alla stessa attestazione del decorso dei termini per la maturazione del silenzio accoglimento⁹⁷.

Tutte previsioni che, al netto delle relative specificità, sembrano mosse anche dall'esigenza di ispirare un complessivo ripensamento dei tratti caratterizzanti la stessa vicenda relazionale che si estrinseca in sede procedimentale.

In secondo luogo, poi, non può non sottolinearsi il rilievo che, nella medesima prospettiva, potrebbero assumere gli interventi di riforma previsti dal Piano in relazione anche al versante organizzativo

⁹⁵ Si v. il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), approvato con decisione del Consiglio ECOFIN del 13 luglio 2021 e notificata all'Italia dal Segretariato generale del Consiglio con nota LT161/21, del 14 luglio 2021, reperibile in www.governo.it.

⁹⁶ Si cfr. il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), cit., 17, ove si sottolinea altresì che «un'ampia fetta della popolazione ne è ancora priva: questo ostacola la partecipazione attiva alla vita democratica, l'accesso al mercato del lavoro e la diffusione dei servizi digitali».

⁹⁷ Si cfr., a tal fine, le previsioni del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77, conv. con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108: al riguardo, per un'accurata ricostruzione delle innovazioni introdotte, si leggano G. SGUEO, *La transizione digitale*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 746 ss.; F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, *ivi*, 772 ss.

del sistema amministrativo⁹⁸; la ridefinizione degli assetti funzionali, l'irrobustimento delle competenze interne alle amministrazioni pubbliche, la reingegnerizzazione dei processi amministrativi, per l'apunto anche in chiave digitale, l'implementazione delle risorse e così via, infatti, sono tutti fattori che, nel perseguimento dell'obiettivo sistemico di rimediare alla «debole capacità amministrativa del settore pubblico italiano», potrebbero condurre a una valorizzazione delle stesse dinamiche partecipative ai fini della piena affermazione della «buona amministrazione» ovvero di una amministrazione non solo più «efficiente», ma anche più «efficace»⁹⁹.

⁹⁸ Del resto, in un'ottica più generale, già F. BENVENUTI, *L'amministrazione come prassi e come scienza*, ora in ID., *Scritti giuridici*, V, cit., 4545, aveva osservato che «il fenomeno amministrativo è dilagato, e chiede nuove dighe, chiede nuove garanzie per i cittadini. Queste nuove garanzie non possono essere date soltanto sul piano del diritto, devono essere date sul piano dell'organizzazione efficiente, di efficienti controlli dell'attività dell'amministrazione: non soltanto controlli giuridici, ma controlli tecnici, controlli economici, controlli sociali, cioè su tutti quegli altri piani che il diritto ad un certo momento aveva soffocati». Ciò che, rivolgendo lo sguardo all'attualità, ha indotto a ritenere, a proposito della decisione algoritmica, M. SIMONCINI, *L'agire procedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2021, 542, che «per assicurare la regola giuridica della trasparenza e intellegibilità dell'algoritmo, diventa quindi essenziale riorganizzare le competenze dell'amministrazione e gli strumenti di partecipazione al procedimento intorno alla definizione della regola tecnica che è sottesa all'algoritmo. Questi aspetti strutturali, tuttavia, non trovano ancora un adeguato sviluppo nel sistema amministrativo italiano. Se l'emergenza pandemica ha avviato alcune trasformazioni, l'investimento in termini di risorse umane e materiali richiesto per il passaggio alla decisione automatizzata non è ancora competitivo ed è destinato a rimanere limitato in assenza di un reale mutamento culturale nel funzionamento del sistema amministrativo. L'auspicio è che il piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) nell'ambito del programma *Next Generation Eu* riesca effettivamente ad offrire una pragmatica opportunità di innescare il mutamento culturale richiesto». Al riguardo, però, merita di essere richiamato il rilievo di A. SANDULLI, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, ivi, 2021, 527, secondo il quale «pare giunto il momento di chiudere i conti con la "retorica" della digitalizzazione, che pervade l'attività del legislatore e degli operatori del settore, ma non ha prodotto, sin qui, benefici concreti, a fronte di una consistente spendita di risorse pubbliche. Occorre passare invece a un'accorta prassi operativa, mirante alla messa a regime, in tempi certi e contingentati, di infrastrutture che possano consentire la non più differibile interoperatività tra pubbliche amministrazioni», concludendo nel senso per cui i «fondi del *Recovery Fund* possono costituire una opportunità anche in questa chiave».

⁹⁹ In questi termini, il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), cit., 44 e 47.

Più in generale, tuttavia, sono gli obiettivi, le logiche e il metodo sottesi al Piano, prima ancora che i relativi contenuti, che potrebbero costituire l'«occasione per cambiare l'amministrazione», potendosi per ciò solo riflettere anche sulla portata riconosciuta alla stessa partecipazione procedimentale¹⁰⁰.

Pur senza rincorrere facili entusiasmi o toni inutilmente enfatici, in un senso o nell'altro, non c'è dubbio infatti che la governance delineata per la gestione e l'attuazione del Piano presenta alcune caratteristiche fortemente innovative: in particolare, oltre ad essere temporanea, è «speciale, verticistica, centralizzata, popolata da molteplici referenti, reticolare, con una disciplina intensa e una moltiplicazione dei meccanismi di controllo dei traguardi e degli obiettivi, nonché di rendicontazione delle attività secondo standard europei»¹⁰¹.

Ebbene, almeno ad avviso di chi scrive, questi caratteri paiono rinvenire un minimo comune denominatore nella scelta di fondo verso un modello di matrice essenzialmente programmatoria e pianificatoria che, dopo i fallimenti degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, l'ordinamento italiano non ha più tentato di ripercorrere¹⁰²; un modello che, pur non potendo essere – con tut-

¹⁰⁰ Riprendendo il titolo dell'editoriale di L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa: un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 689 ss.; si cfr. anche il Documento AIPDA, *Progettare la ripresa: occasione da non sprecare per il bene del Paese*, in www.aipda.it, 2021.

¹⁰¹ «Gli uni e gli altri sono volti ad assicurare non solo il corretto perseguimento degli interessi, ma soprattutto risultati tangibili, oggettivi e misurabili nel loro effettivo raggiungimento»: così, come nel testo, M. MACCHIA, *La governance del Piano di ripresa*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 741.

¹⁰² Per L. TORCHIA, *Il vero valore del Recovery Plan (spoiler: non sono le risorse)*, in www.aipda.it, 2021, del resto, «il vero valore del *Recovery Plan*, potrebbe stare invece, proprio in quell'inedito "esercizio di apprendimento" evocato dal Ministro Franco. La disciplina europea del meccanismo impone, infatti, che per accedere alle risorse l'Italia sia in grado di programmare e progettare gli interventi in tempi rapidi (la prima scadenza è a fine aprile 2021). Che di questi interventi siano chiari i tempi di realizzazione e l'impatto. Che siano misurabili, e misurati nel corso della realizzazione, gli obiettivi intermedi e finali raggiunti, come condizione per il pagamento dei fondi. Che, quindi, il meccanismo di monitoraggio e di rendicontazione dei risultati sia subito strutturato. Che i tempi di realizzazione siano rispettati e che nel 2026 tutti gli interventi siano conclusi. Qui sta, per l'Italia, il valore maggiore del *Recovery Plan*: nella necessità di costruire e mettere in campo la capacità

ta evidenza – letto ricorrendo alle coordinate proprie di tali ormai lontane esperienze¹⁰³, sembra comunque ripeterne diverse caratteristiche¹⁰⁴.

Che, ad ogni modo, il Piano di ripresa sia «un piano di investimenti accompagnati da riforme oppure al contrario un piano di riforme accompagnate da investimenti», è aspetto su cui non possibile indugiare oltre in questa sede¹⁰⁵; ciò che interessa sottolineare, invece, è soprattutto la potenziale rilevanza che la dimensione parteci-

di ben progettare (e non solo di proclamare), di valutare *ex ante* ed *ex post* sulla base delle evidenze e non delle suggestioni, di realizzare in tempi definiti senza rinvii e dilazioni infinite: in una parola, di assumere impegni realistici e di mantenerli». Sul Pnrr, tra i primi contributi che ne affrontano i profili più generali, si leggano anche F. FRACCHIA, F. GOISIS, M. OCCHIENA, M. ALLENA, P. PANTALONE, S. VERNILE, *La transizione amministrativa*, in www.aipda.it, 2021; AA.VV., *Diseguaglianza territoriale insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, ivi, 2021; G. TROPEA, *PNRR e governamentalità neolibérale: una linea di continuità?*, ivi, 2021; L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa e il sud*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 200 ss. Si cfr. anche gli Atti del Convegno AIPDA, *Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 28 aprile 2021, in www.aipda.it.

¹⁰³ Si v., per tutti, per tutti M. CARABBA, *Storia della programmazione in Italia (1954-1974)*, Roma-Bari, Laterza, 1977; G. RUFFOLO, *Rapporto sulla programmazione*, Roma-Bari, Laterza, 1977; si v. anche M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977; si v. anche A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962; G. FUÀ, P. SYLOS LABINI, *Idee per la programmazione*, Roma-Bari, Laterza, 1963.

¹⁰⁴ Come ha osservato M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 629, d'altra parte, «l'attività di pianificazione, ed il suo prodotto, il piano non ammette definizioni né giuridiche, né economiche, ma solo una nozionizzazione logica. Esistendo un'attività di durata proiettata nel futuro, è pianificazione la determinazione: a) dell'ordinata temporale o di quella spaziale o di ambedue; b) dell'oggetto; c) dell'obiettivo. La pianificazione quindi richiede sempre che si elabori un progetto, che lo si verifichi quanto alla realizzabilità, indi che si stabiliscano risorse, tempi, spazi, eventuali modi, per la realizzazione». Si v. anche M. CARABBA, *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 1113 ss.; G. ABBAMONTE, *Programmazione amministrativa per settori organici*, Napoli, Liguori, 1982.

¹⁰⁵ In questi termini, M. MACCHIA, *La governance del Piano di ripresa*, cit., 741, per il quale tuttavia nella seconda ipotesi «tale sistema amministrativo appare più adatto e confacente alla misurazione di traguardi e obiettivi, che a rappresentare l'avvio di un processo riformatore, di riprogettazione delle strutture pubbliche, di innovazione della cultura amministrativa o di modifica delle competenze per affrontare le sfide future». Si v. anche l'intervento di A. POLICE, *Riforme abilitanti in materia di contratti pubblici, riforma della concorrenza e impatto atteso dalle rispettive misure*, in Atti del Convegno AIPDA, *Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, cit., 31.

pativa potrebbe assumere nel nuovo scenario programmatico inaugurato dal Piano stesso¹⁰⁶.

In questo senso, del resto, non sembra meramente ottativo o poco più che stilistico il riferimento espresso e generalizzato al principio di «partecipazione» contenuto nella parte finale del Piano stesso, unitamente agli altri principi fondamentali delle politiche europee, tra i quali quelli di «sussidiarietà», «proporzionalità», di «potenziamento della capacità istituzionale» e «dell'apprendimento delle politiche tra tutti i livelli di governo», nell'ottica di «favorire la sinergia e la complementarità tra le azioni e gli interventi previsti» dal Piano, da un lato, e «gli obiettivi e le priorità che caratterizzeranno la programmazione nazionale degli interventi di sviluppo e coesione territoriale», dall'altro¹⁰⁷.

Delle traiettorie programmatiche che qualificano l'attuale scenario ordinamentale, quindi, la partecipazione parrebbe così integrarne uno dei tratti costitutivi, nel quadro e ai fini di una più generale trasformazione del rapporto tra poteri pubblici e società civile.

È difficile stabilire, oggi come oggi, a quali approdi condurranno i corposi e, per certi versi, radicali mutamenti in corso; se, ad esempio, si assisterà alla riscoperta di forme di partecipazione istituzionale od organica, magari attraverso un'applicazione delle norme «dimenticate» e più «visionarie» della Costituzione¹⁰⁸, oppure se

¹⁰⁶ Un nuovo scenario, peraltro, in relazione al quale particolarmente attuali risultano le riflessioni di S. PERONGINI, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., spec. 49 ss., a proposito del rapporto tra il concetto stesso di risultato e l'attività amministrativa per programmi.

¹⁰⁷ Si cfr. il Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr), cit., 241.

¹⁰⁸ Sulla partecipazione istituzionale od organica, si v. M. CAMMELLI, *L'amministrazione per collegi*, cit.; sulle «promesse» costituzionali non mantenute o tradite», si v. S. CASSESE, *La Costituzione "dimenticata". Introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2021, 3, il quale si domanda «Come avrebbe potuto essere l'Italia oggi se, a partire dal 1948 – come disposto dalla Costituzione –, fosse stata promossa piena parità di genere, fosse stato richiesto a tutti i cittadini l'adempimento del dovere di concorrere al progresso della società [...] fosse stata introdotta la collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende, fosse stata affidata a comunità di lavoratori e di utenti la gestione di imprese e categorie di imprese di servizio pubblico e relative a fonti di energia o in situazione di monopolio, fosse stato promosso l'accesso del risparmio popolare al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi

si perverrà, anche attraverso una rinnovata e diretta valorizzazione della dimensione sostanziale della partecipazione procedimentale, a un assetto più o meno autenticamente ispirato al modello della «demarchia»¹⁰⁹.

Più realisticamente, alla luce dei profondi e strutturali cambiamenti nel frattempo intervenuti nell'«era di Google» e del «diritto liquido»¹¹⁰, innanzitutto sul piano sociale ed economico, se il predetto richiamo alla partecipazione venisse preso effettivamente sul serio, potrebbero manifestarsi nuovamente spinte e pulsioni volte ad assegnare alle dinamiche partecipative, anche in ambito procedimentale, un maggior peso specifico nel diritto vivente e, dunque, in relazione alla stessa visione che gran parte della giurisprudenza amministrativa tende a mutuare e diffondere¹¹¹.

Si tratta, ad ogni modo, di approdi per il momento meramente ipotetici, essendo ancora molteplici le incognite da superare e i nodi da sciogliere, anche se qualcosa di più di un mero auspicio sembra

complessi produttivi del Paese [...] fosse stata salvaguardata l'imparzialità dell'amministrazione?». «Queste norme "dimenticate"», prosegue l'a., «fanno parte delle disposizioni più "visionarie" della Costituzione (definite "presbiteri", dagli stessi protagonisti della fase costituente, per distinguerle da quelle "miopi" della seconda parte), norme che miravano a ridisegnare i rapporti tra Stato e cittadino, riducendo il divario società civile-poteri pubblici».

¹⁰⁹ Il riferimento è ovviamente alla visione di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., *passim*, già precedentemente evocata *supra*, cap. I, § 4.

¹¹⁰ Le espressioni sono riprese, rispettivamente, da L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google*, Milano, Mondadori, *passim* e da G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit., 1235.

¹¹¹ Ricorrendo, ad esempio, anche alla recente teoria della spinta gentile, su cui si leggano le riflessioni di A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021. Per un esame di alcune interessanti esperienze rinvenibili nell'area metropolitana milanese, si v. M. RENNA, C. MICCICHÈ, P. PANTALONE (a cura di), *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Per un quadro delle tendenze più recenti riscontrabili in sede regionale, invece, si cfr. C. TUBERTINI, *L'attività amministrativa regionale*, in G. GARDINI, ID., *L'amministrazione regionale*, Torino, Giappichelli, 2022, 385 ss., la quale osserva che «sul versante della legislazione di settore la legislazione regionale ha saputo, in numerosi casi, tradurre in atto il principio di partecipazione proprio laddove si registrava una sottovalutazione, se non un vero e proprio disinteresse, del legislatore statale».

affiorare, oltre a quanto già evidenziato, tra le pieghe dello stesso Piano nazionale di ripresa e resilienza¹¹².

¹¹² Ci si riferisce, tra le altre, alle previsioni del Piano nazionale di ripresa e resilienza in tema di processi rigenerativi, a cui il Piano riconosce una evidente centralità, in relazione ai quali il coinvolgimento dei soggetti privati e, dunque, anche la stessa dimensione partecipativa assumono un rilievo quasi consustanziale: in riferimento all'«Investimento 2.2: Piani Urbani Integrati» del Piano, ad esempio, si afferma chiaramente che «l'intervento Piani urbani integrati è dedicato alle periferie delle Città metropolitane e prevede una pianificazione urbanistica *partecipata*, con l'obiettivo di trasformare territori vulnerabili in città *smart* e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile». Tali interventi, inoltre, «potranno anche avvalersi della co-progettazione con il Terzo settore ai sensi dell'articolo 55 decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), legge 6 giugno 2016, n. 106) e la partecipazione di investimenti privati nella misura fino al 30 per cento». L'obiettivo primario è quello di «recuperare spazi urbani e aree già esistenti allo scopo di migliorare la qualità della vita promuovendo processi di *partecipazione* sociale e imprenditoriale». Questi progetti, infatti, dovranno restituire alle comunità una identità attraverso la promozione di attività sociali, culturali ed economiche con particolare attenzione agli aspetti ambientali»; a tal fine, l'investimento prevede «la predisposizione di programmi urbanistici di rigenerazione urbana *partecipati*, finalizzati al miglioramento di ampie aree urbane degradate, alla rigenerazione, alla rivitalizzazione economica, con particolare attenzione alla creazione di nuovi servizi alla persona e al miglioramento dell'accessibilità e dell'intermodalità delle infrastrutture anche allo scopo di trasformare territori metropolitani vulnerabili in territori efficienti, sostenibili e produttivi aumentando, ove possibile, il loro valore» (213 ss., corsivo aggiunto da chi scrive). Si cfr., in particolare, la corrispondente Missione 5 «Inclusione e Coesione», Componente 2 «Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e terzo settore», Investimento 2.1 «Investimenti in progetti di rigenerazione urbana, volti a ridurre situazioni di emarginazione e degrado sociale». Al riguardo, si v. anche l'articolo 21 del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233. In generale, sulle politiche per la coesione e sul contrasto alla povertà, si legga per tutti il recente contributo di C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021. Sul rapporto tra processi di rigenerazione urbana e partecipazione, sia consentito il rinvio a T. BONETTI, *La rigenerazione urbana nell'ordinamento giuridico italiano: profili ricostruttivi e questioni aperte*, in G. PIPERATA, E. FONTANARI (a cura di), *Agenda Re-Cycle. Proposte per reinventare la città*, Bologna, Il Mulino, 2017, 59 ss.; G. PIPERATA, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urb. app.*, 2011, 508 ss.; di recente, si cfr. anche A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm.*, 2021, 459 ss.; in precedenza, si v. anche *Id.*, *La rigenerazione urbana (Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Ist. fed.*, 2020, 44 ss.

È, in ogni caso, ancora assolutamente prematuro prefigurare quali saranno, e quale consistenza concretamente assumeranno, gli esiti finali circa i futuri sviluppi della partecipazione, anche di ordine procedimentale, a fronte delle attese e soprattutto delle tensioni che inevitabilmente si scaricano sugli istituti attraverso i quali si realizza.

In definitiva, ecco allora conservare una stringente e perdurante attualità il monito di chi ha autorevolmente osservato che «nello specchio della partecipazione si riflettono fedelmente i vizi e le virtù, le speranze e le delusioni di questa nostra società»¹¹³.

¹¹³ M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., 236.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AA.VV., *Diseguaglianza territoriale insostenibili e doveri perequativi indelegabili*, in www.aipda.it, 2021.
- AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, III, *Problemi e prospettive*, Bologna, Bononia University Press, 2020.
- AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, II, *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, Bononia University Press, 2019.
- AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, I, *Studi introduttivi*, Bologna, Bononia University Press, 2018.
- AA.VV., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.
- ABBAMONTE G., *Programmazione amministrativa per settori organici*, Napoli, Liguori, 1982.
- AICARDI N., *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1 ss.
- AIPDA, *Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 28 aprile 2021, in www.aipda.it.
- ALLEGRETTI U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009.
- ALLEGRETTI U., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 779 ss.
- ALLEGRETTI U., *Amministrazione e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996.
- ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, Utet, 1993, 131 ss.
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

- ALLEN A. M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.
- AMATO G., *Burocrazia e processi decisionali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1975, 488 ss.
- AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubb.*, 1938, 455 ss.
- ANDREANI A., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979.
- ANTONELLI V., *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 601 ss.
- APERIO BELLA F., CALDARELLI S., SANTORO E.M., TRANQUILLI S., *Verifica dei requisiti e soccorso istruttorio*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, II, Soggetti qualificazione regole comuni alle procedure di gara*, Milano, Giuffrè, 2019, 1467 ss.
- ARENA G., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 43 ss.
- ARENA G., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 117/118, 1997, 29 ss.
- ARENA G., *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1976, 286 ss.
- AUBY J.-B., *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Ist. fed.*, 2019, 624 ss.
- AVANZINI G., *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.
- AVERARDI A., *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 505 ss.
- BARBATI C., *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- BARONE A., *Nomofilachia, Corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 555 ss.
- BARONE A., *La scienza "incerta" davanti al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 401 ss.
- BARONE A., *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006.
- BARONE A., FOLLIERI E. (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul Codice del Processo Amministrativo (2010-2015)*, Padova, Cedam, 2015.
- BARONE A., DAGOSTINO R., *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice*

- dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 273 ss.
- BARONE G., *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969.
- BARTOLINI A., FANTINI S., *Le ragioni della specialità. Principi e storia del diritto amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017.
- BARTOLINI A., *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002.
- BASSANINI F., CERNIGLIA F., PIZZOLATO F., QUADRIO CURZIO A., VANDELLI L. (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, Il Mulino, 2019.
- BATTINI S., DE CAROLIS F., *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, 293 ss.
- BENEDETTI A., *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994.
- BENVENUTI F., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, 6 ss. (ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, IV, 3467 ss.).
- BENVENUTI F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953 (ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, I, 170 ss.).
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, 118 ss. (ora in *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, II, 1117 ss.).
- BENVENUTI L., *L'amministrazione come prassi e come scienza*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, Milano, Vita e Pensiero, 2006, V, 4545 ss.
- BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986.
- BERGONZINI G., *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, Cedam, 2007, II, 11 ss.
- BERGONZINI G., *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975.
- BERTI G., *Le difficoltà del procedimento amministrativo*, in *Amm.*, 1991, 220 ss.
- BERTI G., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 444 ss.

- BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975.
- BERTI G., *La parabola regionale dell'idea di partecipazione*, in *Le Regioni*, 1974, 1 ss.
- BERTI G., *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, 107 ss.
- BERTONAZZI L., *Scia e tutela del terzo nella sentenza della Corte costituzionale n. 45/2019*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 711 ss.
- BESSETTE J.M., *Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government*, in R. GOLDWIN, W.A SCHAMBRA (a cura di), *How Democratic is the Constitution?*, Washington, American Enterprise Institute, 1980, 102 ss.
- BIN R., *Orlando reloaded*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, Milano, Franco Angeli, 2020, 395 ss.
- BOBBIO L., *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia diritto*, 2007, 11 ss.
- BOBBIO L. (a cura di), *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- BOBBIO N., *La natura delle cose nella dottrina italiana*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 1965, 225 ss.
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996.
- BONETTI T., *La rigenerazione urbana nell'ordinamento giuridico italiano: profili ricostruttivi e questioni aperte*, in G. PIPERATA, E. FONTANARI (a cura di), *Agenda Re-Cycle. Proposte per reinventare la città*, Bologna, Il Mulino, 2017, 59 ss.
- BONETTI T., *Il diritto del governo del territorio in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.
- BONGIOVANNI G., *Democrazia*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 2021, 63 ss.
- BONTEMPI V., *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela in Italia e in Germania*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 679 ss.
- BOSCOLO E., *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urb. app.*, 2012, 506 ss.
- BOSSON S., MARTÌ J.L. (a cura di), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Aldershot, Ashgate, 2006.

- BRENNAN J., *Against Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2017².
- BRIGANTE V., *Evolving Pathways of Administrative Decisions*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.
- BUFFONI L., *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quad. cost.*, 2009, 277 ss.
- BUSNELLI D., *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1579 ss.
- CAIA G., *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 707 ss.
- CALABRÒ M., *La funzione giustiziale nell'amministrazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2012.
- CAMMELLI M., *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure e riforme*, in *Dir. amm.*, 2016, 9 ss.
- CAMMELLI M., *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, 304 ss.
- CAMMELLI M., *Amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Annuario AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2002, 107 ss.
- CAMMELLI M., *La sussidiarietà presa sul serio*, in *Il Mulino*, 2000, 447 ss.
- CAMMELLI M., *L'amministrazione per collegi*, Bologna, Il Mulino, 1980.
- CALDERONI G., *Patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2016.
- CAMMEO C., *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Ristampa varietipica dell'edizione del 1937, Firenze, Cya, 1954.
- CAMMEO F., *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato di Diritto Amministrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1907, III, 94 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Decisione amministrativa*, in *Noviss. Dig. It.*, V, 1957, 268 ss.
- CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza del diritto (1937)*, ed. riv. a cura di P. PIOVANI, Milano, Giuffrè, 1962.
- CAPORALE F., *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 772 ss.
- CAPORALE F., *L'uso dei mezzi istruttori nel trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica. Il caso dell'ARERA*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 429 ss.
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991.

- CARABBA M., *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 1113 ss.
- CARABBA M., *Storia della programmazione in Italia (1954-1974)*, Roma-Bari, Laterza, 1977.
- CARACCIOLLO LA GROTTIERA E., *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012.
- CARANTA R., *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, in *Urb. app.*, 2000, 1334 ss.
- CARBONE A., *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, Giappichelli, 2020.
- CARBONE A., *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.
- CARDARELLI F., CARDARELLI S., TRECROCI C., *Le modificazioni soggettive degli operatori economici in corso di gara: RTI, subappalto, avvalimento e operazioni straordinarie*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2019, 625 ss.
- CARDARELLI F., *Motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, II, 373 ss.
- CARDI E., *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, Maggioli, I e II, 1983-1984.
- CARDONE A., *Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del "giusto procedimento di pianificazione"*, in *Le Regioni*, 2018, 744 ss.
- CARLONI E., *Il paradigma trasparenza. Amministrazioni, informazione, democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2022.
- CARLONI E., *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Dir. pubb.*, 2019, 363 ss.
- CARLONI E., MAZZONI M., *Nel cantiere delle lobbies*, in *Ist. fed.*, 2018, 523 ss.
- CARLONI E., *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, 579 ss.
- CARLONI E., *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, Giuffrè, 2011.
- CAROTTI B., *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 5 ss.

- CARTABIA M., *Introduzione a Giovanni Falcone. L'istruzione probatoria nel diritto amministrativo (a cura di Gaetano Armao)*, in *Il Processo*, 2021, 197 ss.
- CARTABIA M., *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, Giuffrè, 1991.
- CARULLO A., *Appalti pubblici*, in *Enc. dir.*, agg., V, Milano, Giuffrè, 2001, 79 ss.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005⁷.
- CASSETTA E., *Profili dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 55 ss.
- CASINI L., *Lo Stato nell'era di Google*, Milano, Mondadori, 2020.
- CASINI L., *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, Il Mulino, 2018.
- CASINI L., *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 43 ss.
- CASATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013.
- CASSESE S., *Lo Stato e le crepe più larghe*, in *Corriere della sera*, 30 settembre 2021.
- CASSESE S., *La Costituzione "dimenticata". Introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2021, 3 ss.
- CASSESE S., *Amministrazione pubblica e progresso civile*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 141 ss.
- CASSESE S., *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 341 ss.
- CASSESE S., *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, 1 ss.
- CASSESE S., TORCHIA L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2014.
- CASSESE S., *L'educazione del giurista*, in *www.irpa.eu.*, 2011.
- CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 13 ss.
- CASSESE S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2006, 597 ss.
- CASSESE S., *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?* , in *Gior. dir. amm.*, 2004, 941 ss.
- CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 269 ss.

- CASSESE S., *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quad. cost.*, 2001, 5 ss.
- CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 389 ss.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000.
- CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996.
- CASSESE S., *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, Cedam, 1993, 3 ss.
- CASSESE S., *Grandezze e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 1988, 776 ss.
- CASSESE S., *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1971, 25 ss.
- CASTORINA E., *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 70 ss.
- CASTRONOVO C., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 981 ss.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2015.
- CATANIA A., *Metamorfosi del diritto: decisione e norma nell'età globale*, Bari, Laterza, 2010.
- CATELANI A., *Il diritto come struttura e come forma*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2013².
- CAVALLARO M.R., *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il Processo*, 2020, 1 ss.
- CAVALLO PERIN R., GALETTA D.-U. (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020.
- CERBO P., *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 94 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Amministrazione e giurisdizione*, in *Giur. cost.*, 2019, 1825 ss.
- CERULLI IRELLI V., DE LUCIA L. (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009.
- CHIEPPA R., *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2010, 667 ss.
- CHIRULLI P., IAIONE C. (a cura di), *La Co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per la rigenerazione urbana l'innovazione sociale l'economia collaborativa e i beni comuni*, Napoli, Jovene, 2019.

- CHITI M.P., *Principi*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, *Fonti e principi. Ambito programmazione e progettazione*, Milano, Giuffrè, 2019, 285 ss.
- CHITI M.P., *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini, 1977.
- CHITI E., *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, Giuffrè, 2008, 211 ss.
- CIERCO SEIRA C., *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 2002.
- CINTIOLI F., *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 543 ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La validità degli atti giuridici tra teoria e dogmatica. Alcune riflessioni a partire da due libri recenti*, in *Dir. pubb.*, 2015, 227 ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La comunicazione di avvio del procedimento dopo la l. n. 15 del 2005. Potenziata nel procedimento, dequotata nel processo*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 1969 ss.
- CLARICH M., *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 159 ss.
- CLARICH M., *Considerazioni su rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 71 ss.
- CLARICH M., *La “tribunalizzazione” del giudice amministrativo evitata*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 969 ss.
- CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 69 ss.
- CLARICH M., *Le attività delle autorità amministrative indipendenti in forme semi-contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 149 ss.
- COCCONI M., *Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*, in *Ist. fed.*, 2018, 136 ss.
- COGNETTI S., *“Quantità” e “qualità” della partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2000.
- COGNETTI S., *Normative sul procedimento. Regole di garanzia e di efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1990, 98 ss.
- COMPORZI G.D., *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche: questa sconosciuta*, in *Dir. soc.*, 2017, 177 ss.

- COMPORTE G.D., *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 2015, n. 6, 1 ss.
- COMPORTE G.D., *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 746 ss.
- CORSALE M., *Certeza del diritto*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, 1 ss.
- CORSO G., *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, II, 2017, 40 ss.
- CORSO G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubb.*, Milano, Giuffrè, 2006, 3492 ss.
- CORSO G., *Amministrazione di risultati*, in AA.VV., *Annuario AIPDA*, Milano, Giuffrè, 2002, 127 ss.
- CORTESE F., *I beni mutanti. Fisiologia e sfide del dibattito sui beni comuni*, in *Munera*, 2018, 13 ss.
- CORTESE F., *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia* (Nota a Corte cost. n. 69/2018), in *Le Regioni*, 2018, 759 ss.
- CORTESE F., *Coordinare per decidere: il procedimento quale sede di sintesi per gli interessi pubblici*, in AA.VV., *Annuario AIPDA*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 101 ss.
- CORTESE F., *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 37 ss.
- CRISAFULLI V., *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.
- CROSETTI A., FRACCHIA F. (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, Giuffrè, 2002.
- D'ALBERTI M., *Vico, il metodo giuridico e il diritto dell'età globale*, in E.M. MARENGHI (a cura di), *Ritorno ai principi. Il fatto, il farsi, il diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, 47 ss.
- D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012.
- D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici e autonomie private nel diritto dei mercati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 395 ss.
- D'ALBERTI M., *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 1 ss.

- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.
- D'ANGELO G., *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Dir. amm.*, 2005, 659 ss.
- D'ANGELOSANTE M., *Il fenomeno del lobbying in Italia: limiti e potenzialità della disciplina esistente e dei percorsi di completamento immaginabili*, in *Ist. fed.*, 2018, 529 ss.
- DE BELLIS M., *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012.
- DE BENEDETTO M., *Partecipazione [dir. amm.]*, in *Treccani, Diritto on line*, 2015.
- DE BENEDETTO M., MARTELLI M., RANGONE N., *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011.
- DE GIORGI CEZZI G., *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2013, 401 ss.
- DE GIORGI CEZZI G., *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, Jovene, 2003.
- DE NICTOLIS R., *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, Zanichelli, 2020, 958 ss.
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, 504 ss.
- DE PRETIS D., *Valutazioni tecniche della Pubblica Amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. dir. pubb.*, Milano, Giuffrè, 2006, 676 ss.
- DEL GATTO S., *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 947 ss.
- DELLA CANANEA G., *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019.
- DELLA CANANEA G., *Due Process of Law Beyond The State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- DELLA CANANEA G., *Il diritto amministrativo europeo e i suoi principi fondamentali*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, Giuffrè, 2006, 50 ss.
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000.
- DELSIGNORE M., *La centralità dell'attività conoscitiva nella concezione originaria della L. n. 241 del 1990 e la sua perdurante attualità*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021, 339 ss.
- DELSIGNORE M., *La valutazione tecnica ed i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 1121 ss.

- DIPACE R., *La logica della prevenzione nella disciplina della programmazione e progettazione di lavori pubblici*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 445 ss.
- D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004.
- DONATI D., *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- DUGATO M., *Principi eurounitari e legge 241/90 tra disallineamenti e resistenze*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021, 111 ss.
- DUGATO M., *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi*, in *Munus*, 2020, 13 ss.
- DUGATO M., *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 667 ss.
- DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 169 ss.
- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.
- DUNI G. (a cura di), *Dall'informatica amministrativa alla teleamministrazione*, Roma, Ist. Poligrafico dello Stato, 1992.
- FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984.
- FALCONE M., *"Big data" e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2017, 601 ss.
- FALZEA A., *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 201 ss.
- FALZEA A., *Giuristi e legislatori*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica I, Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, 665 ss.
- FALZEA A., *Forma e sostanza nel sistema culturale del diritto*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I, Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, 178 ss.
- FALZEA A., *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967.
- FALZEA A., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965.
- FALZONE G., *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953.
- FANTINI S., *Il preavviso di rigetto come garanzia «essenziale» del cittadino come norma sul procedimento*, in *Urb. app.*, 2007, 1384 ss.

- FEMIA P., *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021.
- FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018.
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, 22.
- FERRARA L., *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubb.*, 2016, 79 ss.
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fàcere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.
- FERRARA L., *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 106 ss.
- FERRARA R., *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 773 ss.
- FERRARA R., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 209 ss.
- FERRARA R., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193 ss.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- FERRARA R., *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985.
- FIDONE G., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2019, 3 ss.
- FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo. Dal processo al procedimento con pluralità di parti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- FIORENTINO G., *I corpi tecnici nelle amministrazioni: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, 479 ss.
- FIORENTINO L., *Il piano di ripresa: un'occasione per cambiare l'amministrazione*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 689 ss.
- FIORENTINO L., *Il piano di ripresa e il sud*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 200 ss.
- FOSTER S., IAIONE C., *The City as a Commons*, in *Yale Law And Policy Review*, 2016, 281 ss.
- FRACCHIA F., GOISIS F., OCCHIENA M., ALLENA M., PANTALONE P., VERNILE S., *La transizione amministrativa*, in www.aipda.it, 2021.

- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 2005, 39 ss.
- FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, Cedam, 1998.
- FRACCHIA F., *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 26 ss.
- FRANCHINI C., *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.
- FRANCHINI C. (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, Giappichelli, 2011.
- FRANCHINI C., *Interesse pubblico e contratto*, in A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, I, 471 ss.
- FRANCHINI C., *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in ID. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Utet, I, 2007, 53 ss.
- FRANCO A., *Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 1056 ss.
- FREDIANI E., *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una "relazione" problematica*, in *Dir. amm.*, 2020, 399 ss.
- FREDIANI E., *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 623 ss.
- FREDIANI E., *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.
- FREDIANI E., *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione: dal deposito di memorie scritte e documenti al "preavviso di rigetto"*, in *Dir. amm.*, 2005, 1003 ss.
- FREGO LUPPI S.A., *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999.
- FUÀ G., SYLOS LABINI P., *Idee per la programmazione*, Roma-Bari, Laterza, 1963.
- GALETTA D.-U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, in *federalismi.it*, 2016, 19 ss.
- GALETTA D.-U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, 601 ss.

- GALLIGAN D.J., *Due Process and Fair Procedures. A study of Administrative Procedures*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- GALLO C.E., *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2020, 347 ss.
- GALLO C.E., *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 43 ss.
- GALLO C.E., *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in Id. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici: dalle direttive 2014 al codice 2016*, Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss.
- GALLO C.E., *La partecipazione*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, 55 ss.
- GAMBARDELLA F., *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, Giappichelli, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa*, in *Libro Homenaje a Villar Palasí*, Madrid, Civitas, 1989.
- GARDINI G., TUBERTINI C., *L'amministrazione regionale*, Torino, Giappichelli, 2022.
- GARDINI G., *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Ist. fed.*, 2020, 44 ss.
- GARDINI G., *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017, 18 ss.
- GELLI F., *Deliberative design for public engagement in decision-making processes*, in *Partecipazione e Conflitto*, 2018, 280 ss.
- GHETTI G., *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, Cedam, 1971.
- GIANI L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, I e II.
- GIANNINI M.S., *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, Giuffrè, 1983, 629 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, I ed., 1970.
- GIANNINI M.S., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958.
- GIANNINI M.S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, 170 ss.
- GIANNINI M.S., *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amm.*, 1949, I, 316 ss.

- GIANNINI M.S., *Decisioni e deliberazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1946, I, 153 ss.
- GIOIOSA M., *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 2012.
- GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, Bononia University Press, 2007.
- GIUPPONI T.F., *Separazione dei poteri*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 2021, 97 ss.
- GIUSTI A., *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm.*, 2021, 439 ss.
- GIUSTI A., *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani*, Torino, Rubettino, 2020, 25 ss.
- GIUSTI A., *La rigenerazione urbana (Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
- GIUSTI A., *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.
- GOISIS F., *La giustizia amministrativa nell'emergenza pandemica, tra incisività dei poteri e self-restraint*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 853 ss.
- GOLA M., *L'amministrazione degli interessi ambientali*, Milano, Giuffrè, 1995.
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003.
- GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, Giuffrè, 1986.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1980.
- GROSSI P., *A proposito di "diritto giurisprudenziale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, 1 ss.
- GROSSI P., *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 831 ss.
- GROSSI P., *Il giudice civile, un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1139 ss.
- GROSSI P., *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in AA.VV., *L'incertezza delle regole*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 26 ss.
- GROSSI P., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006.

- GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.
- GUERRA M.P., *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè, 1996.
- HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* [1992], trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996.
- HOOD C., *The art of the State. Culture, Rhetoric, and Public Management*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- IAIONE C., *Il diritto delle comunità urbane: Principi, strumenti e mezzi di tutela*, Milano, Franco Angeli, 2020.
- IAIONE C., *Governing the Urban Commons*, in *Italian Journal of Public Law*, 2015, 170 ss.
- IANNOTTA L., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, 437 ss.
- IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.
- IMMORDINO M., POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2004.
- IMMORDINO M., *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in IMMORDINO M., POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, 15 ss.
- IRTI N., *Il diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016.
- IRTI N., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- ISAAC G., *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968.
- LAZZARA P., *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla direttiva "servizi" (2006/123/ce)*, Napoli, Jovene, 2008.
- LAZZARA P., *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 212 ss.
- LEDDA F., *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3443 ss.
- LEDDA F., *La partecipazione all'azione amministrativa*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996, 29 ss.
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 362 ss.

- LEDDA F., *Il problema dei contratti nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1965.
- LEVI F., *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1977, 1625 ss.
- LEVI F., *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 397 ss.
- LIGUORI F., *La "parentesi amministrativa" della SCIA e le tutele del terzo*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 281 ss.
- LIGUORI F., *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della DIA-SCIA*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss.
- LIGUORI F., *Attività liberalizzate e compiti dell'amministrazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000.
- LÓPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968.
- LORENZONI L., *Osservazioni critiche in tema di responsabilità civile della p.a.*, in *Dir. amm.*, 2020, 235 ss.
- LUCATTINI S., *Fatti e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 203 ss.
- LUCIANI F., *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *L'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009, 33 ss.
- LUCIANI F., *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 978 ss.
- LUNARDELLI M., *The reform of legislative decree n. 33/2013 in Italy: a double track for transparency*, in *Italian Journal of Public Law*, 2017, 46 ss.
- MACCHIA M., *La governance del Piano di ripresa*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 741 ss.
- ID., *Il procedimento amministrativo a trent'anni dalla legge generale*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 697 ss.
- MAGNAGHI A., *Il governo del territorio e le comunità locali*, in M. MORISI, C. PERRONE (a cura di), *Giochi di potere. Partecipazione, piani e politiche territoriali*, Torino, Giappichelli, 2013, 230 ss.
- MANFREDI G., *Legalità procedurale*, in *Dir. amm.*, 2021, 749 ss.
- MANFREDI G., *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome Nimby*, in *Urb. app.*, 2018, 604 ss.
- MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001.
- MANNONI S., *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, Il Mulino, 2014.

- MANNUCCI G., *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 259 ss.
- MANNUCCI G., *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2012, 837 ss.
- MARCHETTI B., *Searching for the Fundamentals of Administrative Law*, Torino, Giappichelli, 2019.
- MARCHETTI M.R., *Il lobbying nell'Unione europea: le misure sulla trasparenza*, in *Ist. fed.*, 2018, 745 ss.
- MARINO I.M., *Autonomie e democrazia. Profilo dell'evoluzione dell'autonomia e della sua ricaduta sul sistema giuridico*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, Cedam, I, 211 ss.
- MARZARO P., *La partecipazione consapevole nella nuova urbanistica regionale*, in F. PIZZOLATO, A. SCALONE, F. CORVAJA (a cura di), *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, Torino, Giappichelli, 2019, 303 ss.
- MASHAW J.L., *Structuring a "Dense Complexity": Accountability and the Project of Administrative Law*, in *Issues in Legal Scholarship*, 2005, 1.
- MASHAW J.L., *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985.
- MASSERA A., *"Giustizia nell'amministrazione" e "ingiustizie amministrative" tra passato e presente*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 33 ss.
- MASSERA A., *Principi procedurali*, in E. FOLLIERI (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, 331 ss.
- MASSERA A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PPAA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, Pisa University Press, 2011.
- MASSERA A., *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 1547 ss.
- MASTRAGOSTINO F., *Motivi di esclusione e soccorso istruttorio dopo il correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2017, 745 ss.
- MASUCCI A., *L'atto amministrativo informatico: primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene, 1989.
- MATTALIA M., *Il soccorso istruttorio nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 573 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 621 ss.
- MATTARELLA B.G., *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 818 ss.

- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000.
- MELIS G., *Per una storia del procedimento amministrativo prima della legge sul procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2021, 571 ss.
- MELIS G., *Culture dei “tecnici” e amministrazione nell’Italia di ieri e di oggi*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 2, 291 ss.
- MELIS G., *La fuga dall’amministrazione. Ascesa e declino dei tecnici nell’amministrazione dell’Italia unita*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2013, 469 ss.
- MENGGONI L., *Il ‘diritto vivente’ come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica – Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996.
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 10.
- MERLONI F., *Le attività conoscitive e tecniche delle pubbliche amministrazioni. Profili organizzativi*, in *Dir. pubb.*, 2013, 481 ss.
- MERUSI F., *Incontri pericolosi... Crispi e la nascita della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 13 ss.
- MERUSI F., *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2011, 741 ss.
- MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1 ss.
- MERUSI F., *Le “avventure” del contraddittorio nelle recenti riforme del procedimento amministrativo*, in F. MERUSI, A. FIORITTO, G. CIAGLIA, V. GIOMI, A. BERTANI (a cura di), *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, Plus, 2009, 35 ss.
- MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- MERUSI F., *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 973 ss.
- MERUSI F., TOSCANO G., *Decisione amministrativa*, in *Enc. giur.*, X, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, 1 ss.
- MICCICHÉ C., *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
- MICHIARA P., *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L’esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2016.
- MOLASCHI V., *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.
- MOLITERNI A. (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice. Concrete dinamiche dell’ordinamento*, Napoli, Jovene, 2021.

- MOLITERNI A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016.
- MORAND DEVILLER J., *Trasparenza, partecipazione e semplificazione nel procedimento amministrativo francese*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo in Europa*, Milano, Giuffrè, 2000, 153 ss.
- MORBIDELLI G., *Della "triplice" forma di nullità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. pubb.*, 2015, 662 ss.
- MORBIDELLI G., *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, Giuffrè, 1992, I, 676 ss.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, 2021, 170 ss.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss.
- MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1969.
- MUÑOZ MACHADO S., *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de la participación en la Administración*, in *Revista de Administración pública*, 1977, 519 ss.
- NAPOLITANO G., *La legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo è ancora attuale?*, in *Gior. dir. amm.*, 2017, 146 ss.
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014.
- NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- NAPOLITANO G., *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, 129 ss.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- NIGRO M., *Processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, 1991, *ad vocem*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, III, 2093 ss.
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, ora in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1993, III, 1442 ss.
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*

- fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 7 ss.
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazione dell'Amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, I, 10 ss.
- NIGRO M., *Commissione per la revisione della disciplina dei procedimenti amministrativi. Appunto introduttivo (dicembre 1983)*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1984, 9 ss.
- NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1984, 835.
- NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 231 ss.
- NIGRO M., *Il giudice amministrativo "signore della prova"*, in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, Milano, Giuffrè, 1968, II, 772 ss.
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.
- NIGRO M., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1962, 813 ss.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- OLSON M., *La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano, Ledizioni, 1983.
- ORESTANO R., *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987.
- OSBORN D., GAEBLER T., *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Boston, Addison-Wesley, 1992.
- PAJNO A., *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 585 ss.
- PAJNO A., *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 345 ss.
- PANEbianco A., *Valori e regole della democrazia*, in www.spisa.unibo.it
- PAOLANTONIO N., *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 855 ss.
- PARDOLESI R., PINO G., *Postdiritto e legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, IV, 116 ss.
- PARISIO V. (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998.

- PASTORI G., *Benvenuti, Feliciano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero, Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, 645 ss.
- PASTORI G., *La legge n. 241 del 1990 vent'anni dopo*, in A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Vent'anni dopo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, XIII.
- PASTORI G., *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, 323 ss.
- PASTORI G., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, 483 ss.
- PASTORI G., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1994, 1305 ss.
- PASTORI G., *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967.
- PASTORI G. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1964.
- PATRONI GRIFFI F., *La giustizia amministrativa nel 2020*, in *Gior. dir. amm.*, 2020, 13 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, *Lectio Magistralis* svolta su *Virtual Learning Environment*, 20 novembre 2020, in www.spisa.unibo.it.
- PATRONI GRIFFI F., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa e discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.
- PATRONI GRIFFI F., *La sentenza "giusta" e il metodo di decisione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 106 ss.
- PATRONI GRIFFI F., *Il procedimento amministrativo ieri oggi e domani*, in federalismi.it, 2015.
- PATRONI GRIFFI F., *Cittadino e potere a 25 anni dalla legge n. 241 del 1990*, testo della relazione tenuta al convegno *I primi 25 anni della legge sul procedimento amministrativo anche alla luce delle recenti riforme*, Roma, Palazzo Spada, 26 ottobre 2015, in www.giustizia-amministrativa.it.
- PENSABENE LIONTI S., *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, Giappichelli, 2020.
- PERFETTI L.R., *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, 2020, 428 ss.

- PERFETTI L.R., TROPEA G., *Heart of darkness: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 218 ss.
- PERICU G., GOLA M., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, II, Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, Monduzzi, 2005, 283 ss.
- PERONGINI S., *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016.
- PERONGINI S., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004.
- PERONGINI S., *Le gare preliminari alla trattativa privata. Ipotesi di procedimenti amministrativi atipici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.
- PICOZZA E., *Intelligenza artificiale e diritto. Politica, diritto amministrativo and artificial intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 1657 ss.
- PIPERATA G., *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urb. app.*, 2011, 508 ss.
- PIPERATA G., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 963 ss.
- PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005.
- POGGI A., *Riflettere sull'amministrazione sussidiaria, a vent'anni dalle riforme Bassanini*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, Il Mulino, 2019.
- POLICE A., *Riforme abilitanti in materia di contratti pubblici, riforma della concorrenza e impatto atteso dalle rispettive misure*, in *Atti del Convegno AIPDA, Next generation EU. Proposte per il Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 28 aprile 2021, in www.aipda.it.
- POLICE A., *Principi generali dell'azione amministrativa*, in M.R. SPASIANO, D. CORLETTI, M. GOLA, D.-U. GALETTA, A. POLICE, C. CACCIAVILLANI (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, Giuffrè, 2012, 73 ss.
- POLICE A., *Riflessioni in tema di deontologia e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 23 ss.
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, 222 ss.

- POLICE A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss.
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, Cedam, 2001.
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998.
- PORTALURI P.L., *Ascendenze del creazionismo giurisprudenziale e ricadute sul processo amministrativo: il controllabile paradigma dell'accesso al giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 232 ss.
- PORTALURI P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998.
- PREDIERI A., *Pianificazione e Costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962.
- PROTTO M., *Il diritto debole*, Torino, Giappichelli, 2019.
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008.
- PROTTO M., *Responsabilità della p.a. per la lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 235 ss.
- PROVENZANO P., *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015.
- PUBUSA A., *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, Giappichelli, 1993.
- RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000.
- RACCA G.M., *Richiesta e istanza alla pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubb.*, XIII, Torino, Utet, 1997, 368 ss.
- RAMAJOLI M., *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019.
- RAMAJOLI M., *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 896 ss.
- RAMAJOLI M., *La SCIA e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 329 ss.
- RAMAJOLI M., *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 189 ss.

- RAMAJOLI M., *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss.
- RAMAJOLI M., *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998.
- RANELLETTI O., *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1905, 327 ss.
- RENNA M., MICCICHÈ C., PANTALONE P. (a cura di), *La partecipazione dei cittadini all'organizzazione dei servizi sociali. Il caso della metropoli milanese*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020.
- RENNA M., SAIITA F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012.
- RENNA M., *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, 825 ss.
- RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.
- RENNA M., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni all'entrata in vigore della legge n. 241*, in G. ARENA, C. MARZUOLI, E. ROZO ACUNA (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, 297 ss.
- RESCIGNO G.U., *Variazioni sulle leggi provvedimento (o meglio, sulla legge al posto di provvedimento)*, in *Giur. cost.*, 2008, 3070 ss.
- RESCIGNO G.U. *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubb.*, 2002, 5 ss.
- RESCIGNO P., *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.
- RHODES R.A.W., *Understanding Governance. Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability*, London, Open University Press, 1997.
- ROEHRSSSEN G., *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1959.
- ROMANO S.A., *L'attività privata degli enti pubblici. Problemi generali. La capacità giuridica privata*, Milano, Giuffrè, 1979.
- ROMANO TASSONE A., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 476.

- ROMANO TASSONE A., *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, Jovene, 2011, II, 813 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Analisi economica del diritto e "Amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, 63 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, 101 ss.
- ROMANO TASSONE A., *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 593 n. 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 57.
- ROMANO TASSONE A., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, Giuffrè, 1993, II, 1117 ss.
- ROMEO A., *Sviluppo economico e disuguaglianze territoriali: il divario nord-sud nell'Italia del nuovo millennio*, in *Dir. amm.*, 2020, 807 ss.
- ROMEO A., *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 552 ss.
- ROMEO G., *La retorica nella giurisprudenza amministrativa, ovvero dell'arte di argomentare bene, senza convincere*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 947 ss.
- ROMEO G., *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1185 ss.
- ROVERSI MONACO F.A., CAIA G., *La disciplina delle attività estrattive e le problematiche ambientali*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, II, 615 ss.
- RUFFOLO G., *Rapporto sulla programmazione*, Roma-Bari, Laterza, 1977.
- SAITTA F., *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il correttivo*, in *Dir. amm.*, 2019, 3 ss.
- SAITTA F., *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi*, in *Giur. it.*, 2015, 249 ss.
- SAITTA F., *Il procedimento amministrativo "paritario" nel pensiero di F. Benvenuti*, in *Amministrare*, 2011, 469 ss.
- SAITTA N., *Sul c.d. soccorso istruttorio nel procedimento e nel processo*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 391 ss.
- SAITTA F., *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2009.
- SALTARI L., *Che resta delle strutture tecniche nell'amministrazione pubblica italiana?*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2019, 249 ss.

- SANDULLI A., *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2021, 513 ss.
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003², *Diritto amministrativo speciale*, II, 939 ss.
- SANDULLI M.A., *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza (spunti dai recenti progetti di riforma)*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 1595 ss.
- SANTACROCE C.P., *La partecipazione dei cittadini alla pianificazione urbanistica e territoriale nella legge regionale Emilia-Romagna n. 24 del 2017: quale modello?*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 512 ss.
- SATTA F., *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 306 ss.
- SAVINO M., *Il FOIA italiano e i suoi critici: per un dibattito scientifico meno platonico*, in *Dir. amm.*, 2019, 453 ss.
- SAVINO M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 593 ss.
- SCIULLO G., *Il principio del giusto procedimento fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986, 291 ss.
- SCIULLO G., *Il principio del giusto procedimento fra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1980, 291 ss.
- SCOCA F.G., *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 2021, 1 ss.
- SCOCA F.G., *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 1097 ss.
- SCOCA F.G., *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 847 ss.
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg., VI, Milano, Giuffrè, 2002, 10.
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 1045 ss.
- SCOCA S.S., *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Utet, 2010, 289 ss.
- SEPE O., *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, 986 ss.
- SERENI LUCARELLI C., *Considerazioni sull'attività consultiva nell'ottica del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche*, in *Dir. amm.*, 2021, 213 ss.

- SERENI LUCARELLI C., *La regolazione del lobbying come forma di prevenzione alla corruzione: il potenziale ruolo dell'Anac*, in *Ist. fed.*, 2018, 605 ss.
- SESSA V., *Le nullità sopravvenute del provvedimento amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
- SGUEO G., *La transizione digitale*, in *Gior. dir. amm.*, 2021, 746 ss.
- SGISMONDI G., *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 705 ss.
- SGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Napoli, Jovene, 2012.
- SIMONATI A., *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, 2018, 311 ss.
- SIMONATI A., *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica "reticolare"*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 267 ss.
- SIMONATI A., *La partecipazione dei privati alla pianificazione urbanistica: il modello dell'inchiesta e le suggestioni provenienti dai sistemi europei*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 312 ss.
- SIMONCINI M., *L'agire procedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2021, 529 ss.
- SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2007, 419 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *Il conflitto tra amministrazione e privati. Modelli per la composizione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.
- SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, 47 ss.
- SPASIANO M.R., *Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *ius-publicum.com*, 2011, 1 ss.
- SPASIANO M.R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003.
- SPUNTARELLI S., *L'amministrazione per legge*, Milano, Giuffrè, 2007.
- STELLA RICHTER P., *Opposizione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, Giuffrè, 523 ss.
- STICCHI DAMIANI E. (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, Giappichelli, 2008.
- SUNSTEIN C.R., *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

- TARULLO S., *Il principio di collaborazione procedimentale*, Torino, Giappichelli, 2008.
- TORCHIA L., *Il vero valore del Recovery Plan (spoiler: non sono le risorse)*, in *www.aipda.it*, 2021.
- TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 291 ss.
- TORELLI G., *I margini di modificabilità dell'offerta in sede di verifica dell'anomalia e di soccorso istruttorio*, in *Munus*, 2016, 1 ss.
- TORRICELLI S., *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 97 ss.
- TRAVI A., *Nota a Cons. St., ad. plen., ord., 24 gennaio 2019, n. 1*, in *Foro it.*, 2019, n. 9, pt. III, 455 ss.
- TRAVI A., *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2015, 691 ss.
- TRAVI A., *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2011, 505 ss.
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, 439 ss.
- TRAVI A., *Accordi tra privati e comune per le modifiche al piano regolatore e oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, 276 ss.
- TRAVI A., *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 16 ss.
- TRAVI A., *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. disc. pubb.*, XIII, Torino, Utet, 1997, 381 ss.
- TRAVI A., *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubb.*, X, Torino, Utet, 1995, 601 ss.
- TRIMARCHI M., *L'(in)validità nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, 555 ss.
- TRIMARCHI M., *L'art. 41 della Carta europea dei diritti fondamentali e la disciplina dell'attività amministrativa in Italia*, in *Dir. amm.*, 2011, 537 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'istruttoria procedimentale dopo l'articolo 10-bis della legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 353 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1117 ss.

- TROPEA G., *PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità?*, in *www.aipda.it*, 2021.
- TROPEA G., *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1235 ss.
- TROPEA G., *L'abuso del processo amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.
- TUBERTINI C., *L'attività amministrativa regionale*, in G. GARDINI, C. TUBERTINI, *L'amministrazione regionale*, Torino, Giappichelli, 2022, 385 ss.
- URSI R., RENNA M. (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.
- URSI R., *La variante digitale della costruzione della decisione amministrativa*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, Giappichelli, 2021, 394 ss.
- URSI R., *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.
- VACCARI S., *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 481 ss.
- VACCARI S., *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?* (Nota a Cons. St., sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321), in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171 ss.
- VACCARI S., RENNA M., *Dalla "vecchia" trasparenza amministrativa al c.d. open government*, in *giustamm.it*, 2019, 11 ss.
- VACCARI S., *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.
- VAIANO D., *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1996.
- VANDELLI L., *Appunti in tema di pluralismo sociale e ruolo dei corpi intermedi*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, Il Mulino, 2019, 218 ss.
- VARNI A., MELIS G. (a cura di), *Burocrazie non burocratiche. Il lavoro dei tecnici nelle amministrazioni tra Otto e Novecento*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1999.
- VESE D., *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Milano-Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2018.
- VESPERINI G., *La nuova conferenza di servizi*, in *Gior. dir. amm.*, 2016, 581 ss.

- VILLATA R., *Processo amministrativo, pluralità delle azioni, effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 369 ss.
- VILLATA R., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno ai “Cavalieri dell’Apocalisse”?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.
- VILLATA R., RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giapichelli, 2017.
- VILLATA R., *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015.
- VILLATA R., *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015.
- VILLATA R., *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015.
- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972.
- WEBER M., *Il lavoro intellettuale come professione*, trad. it. Torino, Einaudi, 1948.
- ZIEKOW J., *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Stuttgart, Kohlhammer, 2019.
- ZITO A., *La nudge regulation nella teoria giuridica dell’agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.
- ZITO A., *I profili funzionali del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, 159 ss.
- ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996.
- ZUCARO A., *La crisi dei Corpi Tecnici della Pa nel quadro della crisi delle politiche pubbliche*, in *Riv. giur. mezz.*, 2019, 303 ss.

SOMMARIO

INTRODUZIONE	7
1. Premesse, oggetto e obiettivi dell'indagine	7
2. Metodologia e percorso della ricerca	17

CAPITOLO I

LA POLIFUNZIONALITÀ DELLA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE TRA FISIOLOGIA E PATOLOGIA

1. La polifunzionalità della partecipazione procedimentale: profili generali	21
2. La partecipazione collaborativa	30
3. La partecipazione difensiva	37
4. La partecipazione democratica	48
5. Le derive patologiche del principio partecipativo	56
5.1. <i>segue</i> : la partecipazione sovrabbondante	60
5.2. <i>segue</i> : la partecipazione aggressiva	68

CAPITOLO II

ITINERARI EVOLUTIVI DELLA PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE TRA ORIZZONTI VALORIALI E FUNZIONE STRUMENTALE

1. Il sistema amministrativo italiano tra <i>esigenze</i> di partecipazione e <i>pretese</i> di risultato	75
2. Amministrazione di <i>risultato</i> o per <i>risultati</i>	92
3. Vizi formali o non invalidanti nell'applicazione evolutiva dell'articolo 21- <i>octies</i> della legge 7 agosto 1990, n. 241	106
4. La partecipazione strumentale: quale partecipazione per quale risultato?	119

CAPITOLO III
LA PARTECIPAZIONE STRUMENTALE TRA INFLUENZE
SOVRANAZIONALI E ORDINAMENTO NAZIONALE

1. Tracce della partecipazione strumentale nell'ordinamento sovranazionale ed europeo	129
2. La partecipazione strumentale nell'ordinamento italiano tra previsioni generali e discipline settoriali: il soccorso istruttorio	139
3. <i>segue</i> : il soccorso istruttorio nei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture	153
4. Ulteriori forme di partecipazione strumentale in ambito settoriale	169

CAPITOLO IV
LA PARTECIPAZIONE STRUMENTALE TRA PROCEDIMENTO
E PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. Partecipazione strumentale e istruttoria procedimentale in funzione di risultato	179
2. La rinnovazione dell'istruttoria procedimentale in sede processuale: il giudice amministrativo "signore" del procedimento?	194
3. Il giudice amministrativo alla ricerca del risultato	209
4. Scenari e prospettive: verso un ritorno del valore della partecipazione procedimentale	219
 RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	 235

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI E., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI E., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI E., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.E., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULLATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.

102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazional-socialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI E., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.

152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTE M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem. I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale, premessa di Giuseppe De Vergottini*, 1999.
189. RICCI G.E., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini*, 1999.
192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini*, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.

194. BRIGUGLIO F., “*Fideiussoribus succurri solet*”, 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell’Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell’interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L’atto amministrativo nell’ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. BUSETTO M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LISSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L’itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L’efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l’Europa?* Atti del Convegno organizzato dall’Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell’attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L’eutanasia in Svizzera*, 2007.
234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.

238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI E., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI F., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'homo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., *«Proxenetes est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.
277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.

279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multa scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. LUPOI M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. DALLARI F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. DONINI A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. NOVARO P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. MATTIOLI E., *Giustiniano, gli argentarii e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. RAFFIOTTA E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. MEDINA M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. CENTAMORE G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. CARUSO C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. BOLOGNA C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. ABIS S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
307. LEGNANI ANNICHINI A., *Avvocati indisciplinati. I procedimenti del Sindacato Fascista degli Avvocati e dei Procuratori di Bologna (1934-1942)*, 2020.
308. CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, 2020.
- 308.BIS CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. MORRONE A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. PEZZATO E., *Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstita in età tardoantica e giustiniana*, 2021.
311. MOLINARI M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra methodus docendi e mito. Έχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, 2021.
312. GUERRIERI G., LUCCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. MORRONE A., MOCCHEGIANI M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. GIUPPONI T.F., ARCURI A. (a cura di), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, 2022.
315. BONETTI T., *La partecipazione strumentale*, 2022.

Finito di stampare nel mese di giugno 2022
per i tipi di Bologna University Press

