

$$\frac{A_{12}}{118}$$

Mi sia consentito rivolgere un particolare ringraziamento ai Professori Giovanni Cocco e Angelo Mattioni, sotto la cui guida viene condotto il percorso di ricerca entro cui si iscrive la presente pubblicazione.

Luciano Salomoni

Partecipazione procedimentale e legittimazione democratica

*Il caso delle Autorità
amministrative indipendenti*



Copyright © MMVI
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 88-548-0565-3

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.

I edizione: aprile 2006

INDICE

CAPITOLO I

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, INTERVENTO DEGLI INTERESSATI E CAMBIAMENTI DELL'AMMINISTRAZIONE: TRA CONTRADDITTORIO E DEFINIZIONE DEGLI INTERESSI GENERALI

| | | |
|----|---|----|
| 1. | Partecipazione popolare e partecipazione procedimentale: un rapporto di <i>genus a species</i> | 9 |
| | 1.1. Le “idee” di partecipazione popolare..... | 10 |
| 2. | Il contraddittorio procedimentali..... | 13 |
| | 2.1. L'art. 3 l. 2248/1865 all. E: le origini della partecipazione nel principio del contraddittorio..... | 13 |
| | 2.2. Funzione di garanzia e funzione di collaborazione: dal contraddittorio amministrativo alla partecipazione..... | 19 |
| | 2.3. Contraddittorio procedimentale e “right to be heard”. Dalla distinzione alle affinità sotto il profilo comparatistico con la partecipazione in funzione di collaborazione..... | 21 |
| 3. | Partecipazione procedimentale e definizione dell'interesse generale..... | 24 |
| | 3.1 L'agire amministrativo entro cui può esercitarsi la partecipazione..... | 24 |
| | 3.2. La partecipazione “forma” del procedimento..... | 27 |
| | 3.3. Partecipazione come espressione di democraticità dell'amministrazione e principio generale dell'azione amministrativa. Le funzioni di tale principio..... | 30 |
| | 3.4. (Segue) insufficienza della funzione di mera collaborazione. Dalla funzione di tutela si giunge alla funzione definitoria dell'interesse generale..... | 33 |
| 4. | Il fondamento costituzionale del principio di partecipazione..... | 39 |
| | 4.1. La –necessaria- distinzione tra partecipazione procedimentale e principio del giusto procedimento..... | 40 |
| | 4.2. La generalizzazione della partecipazione procedimentale..... | 43 |
| | 4.3. Il fondamento costituzionale negli artt. 24, 97, 113 Cost..... | 50 |
| | 4.4. Il fondamento costituzionale negli artt. 24, 97, 113 Cost: insufficienza (segue)..... | 52 |
| | 4.5. Partecipazione procedimentale, competenze legislative regionali e livelli essenziali: prospettive aperte..... | 54 |

CAPITOLO II

LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E L'ESERCIZIO DI FUNZIONI IN FORMA PROCEDIMENTALE

| | | |
|---|---|----|
| 1 | Alle origini della diffusione delle Autorità indipendenti nell'ordinamento italiano..... | 59 |
| | 1.1 Le ragioni alla base dell'”erompere” delle Autorità indipendenti e mutamento dell'Amministrazione: una convergenza..... | 61 |

| | | |
|----|--|----|
| | 1.2 Riflessi sull'attività amministrativa: una nuova ricerca dell'interesse generale..... | 67 |
| 2 | La natura giuridica delle autorità indipendenti: le ipotesi ricostruttive..... | 70 |
| | 2.1. La rilevanza del momento partecipativo: nel caso di attività paragiurisdizionale o regolativa..... | 71 |
| | 2.2. (Segue): nel caso della natura "politica" delle Autorità..... | 74 |
| | 2.3. Le Autorità indipendenti come amministrazione: la ricostruzione e i riflessi sul procedimento..... | 76 |
| 3. | L'esercizio di funzioni amministrative da parte delle Autorità indipendenti..... | 80 |
| | 3.1. La tripartizione delle funzioni delle Autorità: i problemi (di legittimazione) aperti..... | 82 |
| 4. | La disciplina della partecipazione: il rapporto tra il capo III della legge 7 agosto 1990, n. 241 e le norme speciali..... | 89 |

CAPITOLO III

ALLA RICERCA DELLA LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA NEI PROCEDIMENTI DAVANTI ALLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | Le diverse funzioni delle Autorità amministrative indipendenti rappresentano una –solo apparente- difficoltà di lettura del momento partecipativo..... | 99 |
| | 1.1. Né amministrazione tradizionalmente intesa, né giurisdizione: le difficoltà sistematiche nelle funzioni delle autorità..... | 100 |
| | 1.2. Contraddittorio e partecipazione: un parallelismo tra le funzioni delle autorità indipendenti e le diverse finalità dell'intervento nel procedimento amministrativo (rinvio)..... | 102 |
| 2. | <i>I quasi judicial powers</i> e l'intervento del privato: il contraddittorio amministrativo..... | 103 |
| | 2.1 L'iniziativa volta all'avvio dell'istruttoria: apertura alla partecipazione pur nell'impostazione dell'iniziativa <i>ex officio</i> | 103 |
| | 2.2. L'istruttoria antitrust (cenni)..... | 109 |
| 3 | Partecipazione estesa in funzione collaborativa: momento di legittimazione nel procedimento dell'attività delle autorità indipendenti?..... | 113 |
| | 3.1 Oralità dell'istruttoria e ricerca del "consenso" degli amministratori: verso l'estensione –ricercata- della partecipazione in funzione collaborativa. Casi pratici..... | 114 |
| | 3.2 Ancora sulla partecipazione in funzione collaborativa: i procedimenti normativi..... | 123 |
| | 3.2.1. Il "nodo" dei limiti previsti dall'art. 13 l. 241/90..... | 123 |
| | 3.2.2. La disciplina speciale: conferma dell'estensione delle forme di partecipazione..... | 124 |
| 4. | (Contro)tendenze recenti: estensione e compressione della partecipazione nella l. 15/2005 e applicabilità alle autorità indipendenti..... | 132 |

CAPITOLO I
PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO, INTERVENTO
DEGLI INTERESSATI E CAMBIAMENTI
DELL'AMMINISTRAZIONE: TRA CONTRADDITTORIO
E DEFINIZIONE DEGLI INTERESSI GENERALI

1. Partecipazione popolare e partecipazione procedimentale: un rapporto di *genus a species*.

Il termine partecipazione evoca una molteplicità di fenomeni, non solo giuridici ma anche sociologici¹, che possiamo ricondurre, a rischio di semplificazioni unificanti, a diversi modi di “prendere parte” del privato all’esercizio dei poteri.

All’interno di questa varietà di connotazioni, la presente ricerca intende ricostruire la partecipazione come momento di democrazia procedimentale² nel senso che verrà in seguito chiarito, ma che possiamo definire sin d’ora come funzione che consente all’Amministrazione di comporre gli interessi generali insieme con i destinatari dei provvedimenti finali. E, per seguire questa analisi, verrà assunto quale angolo visuale quello degli organismi dove è stato ravvisato un *deficit* democratico³ cui l’introduzione di procedimenti partecipati potrebbe ovviare, vale a dire le Autorità amministrative indipendenti.

L’itinerario di questo percorso ricostruttivo passa attraverso la ricerca di un fondamento costituzionale per la partecipazione procedimentale: come noto, ad essa vengono attribuite funzioni di tutela dell’interessato e di collaborazione all’azione amministrativa. Nel primo caso, si parla anche e più propriamente di contraddittorio amministrativo, mentre la funzione collaborativa risulta essenzialmente volta a fornire elementi all’amministrazione per la scelta e quindi, in definitiva, per la definizione, insieme all’interveniente, dell’interesse generale. Rispetto a queste accezioni, premettiamo che la partecipazione verrà qui intesa come momento attraverso cui vengono individuati gli interessi generali perseguiti dall’Amministrazione, per cui a

¹ Come annota E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, 1, p. 75.

² G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. Amm.*, 1993, p. 465.

³ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, p. 215.

tale nozione si farà indistintamente riferimento utilizzando tale termine, salve le precisazioni quando si riferisce al contraddittorio.

E, riprendendo l'indicazione iniziale in merito alla molteplicità di "forme" della partecipazione, il fatto che tale istituto pervada l'intero campo dei poteri dello Stato costituisce il presupposto per cercare di qualificare, come ci si prefigge, la partecipazione procedimentale quale principio a rilevanza costituzionale.

Prima di far questo, tuttavia, si può immediatamente comprendere, quale dato di comune evidenza, come anche la partecipazione procedimentale sia volta a ricercare un ruolo per il cittadino nella gestione del potere. In altri termini, la partecipazione qui studiata è espressione della riaffermazione della volontà popolare e della necessità di controllare la "tecnoburocrazia"⁴.

E' evidente quanto possa risultare rischioso affrontare su queste basi il "nodo" della partecipazione⁵: da un lato, si può essere indotti a ricondursi a generiche definizioni volte a vedere nel riconoscimento del potere di intervento del privato una forma di affermazione di posizioni subalterne nella Società⁶, dall'altro, potrebbe darsi -eccessivo-rilievo alla possibilità, indubbiamente insita nella partecipazione, di individuare, in tal modo, forme di agire condiviso tra governanti e governati, tese a raggiungere un accordo.

Occorre, pertanto, rifuggire da categorizzazioni estese e circoscrivere più modestamente il compito assunto in questa prima parte nell'individuazione dei caratteri della partecipazione procedimentale nel nostro ordinamento, così da vedere se essa costituisca una mera modalità organizzatoria dell'agire amministrativo o se, piuttosto, essa presenti un'identità di *ratio* con altre forme che costituiscono, notoriamente, modalità di "prendere parte" del privato alla definizione dei pubblici poteri.

1.1. Le "idee" di partecipazione popolare

⁴ M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Firenze, 1976, p. 23; P.L. ZAMPETTI, *L'art. 3 della Costituzione e il nuovo concetto di democrazia partecipativa*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Firenze, 1969, p. 513 ss.

⁵ Per utilizzare l'espressione di M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1980, p. 225.

⁶ In questo senso gli studi di J.D. BARBER, *Citizens politics*, Chicago, 1969 e Id., *Power to the citizens*, Chicago, 1972.

Si sarebbe indotti a ricondurre la partecipazione popolare al principio rappresentativo, con ciò rinsaldando il regime delle garanzie per il cittadino anche attraverso una diversa articolazione del procedimento decisionale. Questa impostazione non coglie, tuttavia, il fondamento della partecipazione, costituito dal carattere sovrano della volontà popolare, che -ed è questo l'elemento caratterizzante- la partecipazione contribuisce ad individuare.

Così ricostruita, la partecipazione popolare viene definita come «lo strumento che dall'interno permette anche la sostanziale modificazione del sistema»⁷, una modalità di costante e continua condivisione delle scelte che risulta particolarmente adatta alle società complesse⁸, vale a dire a tutte le realtà moderne in cui i contrasti sono determinati dal pluralismo sociale, sì che la partecipazione può effettuare integrazione e attenuare, per converso, la gestione meramente tecnocratica del potere⁹. L'individuazione di modalità di intervento diretto dei privati nell'esercizio dei poteri all'interno dell'ordinamento vale, quindi, a garantire ad un tempo che il potere non sia "dato", ovvero prefissato per opera (solo) di alcuni e che il suo esercizio sia continuamente mutevole, costantemente ricordato al sentire di coloro che, da governati, divengono per tale via governanti.

Sul piano dei rapporti tra consociati, la partecipazione diviene il momento di superamento dell'individualismo e di riavvicinamento della sfera pubblica alla sfera privata, poiché alla sua origine vi è l'idea che lo Stato perda la sua assoluta centralità -quale che sia il centro di gestione del potere- e si integri con la Società, che interviene attivamente nell'esercizio delle funzioni di governo.

Per questo aspetto, pertanto, la partecipazione non risulta anzitutto -come si è indotti a ritenere focalizzando l'attenzione sugli istituti che ne costituiscono attuazione nel procedimento- una modalità per prendere parte ad un processo decisionale, ma assume i caratteri di una libertà che lo Stato deve non solo garantire, ma anche attuare.

Paiono potersi leggere attorno a tale linea ricostruttiva anche le particolari attenzioni che il costituente riservava all'idea di partecipazione. Riteniamo infatti che, se si trattasse di una mera modalità di esercizio del potere, non si comprenderebbe né si giustificerebbe ap-

⁷ M.P. CHITI, *Partecipazione popolare*, op. cit., p. 25.

⁸ J. HABERMAS, *Riflessioni sul concetto di partecipazione politica*, in *L'università nella democrazia*, Bari, 1968, p. 18 ss., afferma che la partecipazione determina "l'emancipazione politica" del cittadino.

⁹ A. MEISTER, *Sviluppo comunitario e partecipazione sociale*, Milano, 1971.

pieno la collocazione “strategica” di tale principio all’interno dell’art. 3 Cost., che consente di riconoscere in essa, come si è osservato, un elemento essenziale per la qualificazione della forma di governo e più ancora per la forma di Stato¹⁰.

Prima ancora che nel testo definitivo, l’attenzione alla partecipazione si rileva nei lavori che hanno condotto al progetto di Costituzione presentato alla Presidenza dell’Assemblea il 31 gennaio 1947 che, nell’art. 1, prevedeva esemplarmente la «partecipazione di tutti alla gestione della cosa pubblica».

Il Costituente risulta, pertanto, aver riservato un’attenzione particolare al principio partecipativo attribuendogli, sin da subito, una posizione di centralità¹¹ mantenuta -pur con evidenti variazioni- nel testo costituzionale. Se così è, quindi, e se la partecipazione procedimentale può anch’essa ricondursi -come si è visto- alla partecipazione popolare, entro il dettato costituzionale occorrerà ricercare un fondamento anche di tale *species* del *genus* partecipativo, come ci apprestiamo a fare, non prima -tuttavia- di aver esaminato le diverse accezioni che sono state date all’intervento del privato nel procedimento amministrativo.

Nei lavori dell’assemblea costituente era, quindi, emersa, come si è detto, l’esigenza di prevedere, all’interno della Carta fondamentale, forme di partecipazione non soltanto politica¹², ma anche strettamente connessa all’esercizio della funzione amministrativa¹³. Ciò assume particolare rilievo ove si consideri -in un’ottica *a posteriori*- che tali principi, allora solo evidenziati, hanno trovato attuazione ad oltre quarant’anni di distanza. La sostanziale novità apportata in sede di dibattito da parte dei costituenti si coglie rispetto all’assetto dell’attività

¹⁰ V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell’art. 3 della Costituzione*, in AA.VV. *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, 1974, p. 11 ss.

¹¹ G. BERTI, *La parabola regionale dell’idea di partecipazione in le Regioni*, 1974, p. 1 ss.; *contra* sull’idea che il principio partecipativo abbia mantenuto nel testo definitivo della Costituzione una posizione di centralità, A. BARBERA, *Commento all’art. 2 Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*.

¹² Sulla nozione di partecipazione politica e sulla sua incidenza nello Stato sociale cfr. SAVIGNANO, *Partecipazione politica*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 5 ss.

¹³ Si noti che la COMMISSIONE PER GLI STUDI ATTINENTI ALLA RIORGANIZZAZIONE DELLO STATO aveva affidato all’assemblea costituente una relazione su “*Partecipazione diretta del cittadino alle funzioni amministrative*” (Roma, 1946, p. 393 ss.).

amministrativa, il cui “baricentro”¹⁴ era, all’epoca, collocato sull’atto amministrativo quale esercizio di potere d’imperio rispetto a interessi pubblici tutti soggettivati dalla generalità e astrattezza della legge, piuttosto che su «l’*iter* stesso di formazione della decisione»¹⁵.

Nonostante le espressioni dei lavori preparatori, nella Costituzione non sono stati inseriti gli istituti di partecipazione al procedimento, ma si tratta di un compito che, evidentemente, non poteva essere rimesso alla Carta fondamentale¹⁶, nella quale la dottrina ha comunque letto da sempre il principio della partecipazione democratica.

2. Il contraddittorio procedimentale.

2.1. L’art. 3 l. 2248/1865 all. E: le origini della partecipazione nel principio del contraddittorio.

Lo “strumento giuridico”¹⁷ che consente al privato di intervenire nell’esercizio del potere amministrativo ha tradizionalmente assunto una precipua finalità di tutela. La possibilità per il privato di intervenire nel procedimento è stata da principio intesa unicamente quale forma di garanzia per le situazioni giuridiche dell’interessato¹⁸. Ciò, in quanto la prima modalità di intervento prevista dall’ordinamento, che con-

¹⁴ Per usare le parole con cui emblematicamente M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione. A proposito di un recente disegno di legge*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell’amministrazione*, Atti del Convegno di Messina-Taormina, Milano, 1988, p. 15, descrive le trasformazioni in atto nella pubblica amministrazione che hanno portato alla legge 241/90.

¹⁵ M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa*, op. cit., p. 15.

¹⁶ Si raccoglie così l’annotazione di V. ATRIPALDI, *Il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione Stato-società*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 86, secondo cui è rimesso al legislatore ordinario il compito di individuare le forme di partecipazione secondo le esigenze volta per volta emergenti nella società. D’altra parte, non si può mancare di rilevare come nella Costituzione manchi del tutto un rinvio a tale compito del legislatore, potendosi nella Carta costituzionale individuare soltanto i principi che fungono da fondamento costituzionale delle forme partecipatorie, per le quali si rinvia al paragrafo 4 di questo Capitolo.

¹⁷ L’espressione è di M. OCCHIENA, *Prime riflessioni sugli interessi procedimentali dopo la legge sul procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 4, p. 731. Cfr. altresì M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, p. 202.

¹⁸ G. BARONE, *L’intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971.

sente di evidenziare proprio i caratteri della partecipazione in funzione di contraddittorio (art. 3 comma I l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, abolitrice del contenzioso amministrativo), prevedeva che l'amministrazione, nella definizione delle controversie¹⁹ ad essa devolute, decidesse una volta «ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate».

Tale impostazione presuppone la posizione del soggetto privato come contrapposta all'Amministrazione²⁰, che viene assunta dalla norma come portatrice di interessi non coincidenti con quelli del singolo. Non può, quindi, che cogliersi come l'origine dell'istituto della partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa²¹ sia da rinvenire nelle forme di garanzia e tutela degli interessi nei confronti dell'Amministrazione accordate dall'ordinamento. La norma risponde ad un modello di Amministrazione in cui la scelta amministrativa era ancora prodotto dell'apparato burocratico²² e il baricentro dell'attività dell'amministrazione era ancora centrato sull'atto piuttosto che sul procedimento come momento di formazione della decisione, per cui il momento in cui individuare, nella partecipazione, un momento di de-

¹⁹ Come noto, la l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, interveniva ad abolire i «tribunali speciali attualmente investiti del contenzioso amministrativo», devolvendo di conseguenza le «controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi in vigore» alla giurisdizione ordinaria o all'autorità amministrativa (art. 1). L'art. 3 della stessa legge introduce il potere-dovere di sentire le parti interessate per gli «affari non compresi nell'articolo precedente», che si occupa degli affari –originariamente sottoposti ai tribunali speciali- devoluti alla giurisdizione ordinaria in quanto «si faccia questione di un diritto civile o politico». Pertanto, l'art. 3 non si occupa, in generale, dell'attività amministrativa, ma del c.d. contenzioso amministrativo, rimesso dalla l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E alla stessa pubblica amministrazione.

²⁰ G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 313.

²¹ A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, p. 75, individua il fondamento della partecipazione nel contraddittorio e quindi nell'art. 3 l. 2248/1865. *Contra*, rispetto alla possibilità di assimilare partecipazione e contraddittorio, A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE - C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1997, p. 118-119: l'Autore evidenzia il connotato del contraddittorio nell'indipendenza dell'attività contenziosa, a differenza dell'attività partecipata, poiché «il contraddittorio non costituisce tanto una modalità del procedimento, un modo di sviluppo dell'azione amministrativa, ma una relazione qualificata tra soggetti...la quale non si risolve con una soluzione capace di imporsi alle parti in conflitto, se non grazie ad un intervento nel segno dell'indipendenza».

²² Cfr. M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, p. 13.

finizione dell'interesse generale risulta necessariamente ancora lontano rispetto al contesto in cui matura l'art. 3 l. 2248/1865. D'altra parte, essa costituisce il fondamento del contraddittorio procedimentale, vale a dire del dovere dell'Amministrazione di sentire la parte interessata nel procedimento di perfezione degli atti amministrativi²³ che costituisce sin dall'origine²⁴ un principio generale destinato a trovare applicazione in ogni procedimento amministrativo²⁵.

Essendo intesa in funzione di garanzia del contraddittorio, la partecipazione risulta, in principio, fortemente limitata sotto il profilo quantitativo²⁶, poiché viene riconosciuta soltanto la possibilità della proposizione «delle deduzioni e delle osservazioni in iscritto delle parti interessate» ed in chiave meramente difensiva. Ne consegue che, pur costituendo il fondamento²⁷ e l'origine della partecipazione, il contraddittorio rappresenta una delle modalità in cui può esercitarsi l'intervento nel procedimento, ma non definisce la partecipazione nel suo complesso. Per converso, deve sin d'ora anticiparsi che anche la

²³ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, p. 76.

²⁴ La prima espressione in tal senso pare doversi rinvenire in F. CAMMEO, nota in *Giur. It.*, 1919, III, p. 231-232 (cfr. in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, pt. Generale, II, Milano, 2000, p. 967). Successivamente la generalizzazione del principio del contraddittorio in forza dell'art. 3 l. 10 marzo 1865, n. 2248 all. E è stata autorevolmente affermata da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 73-78.

²⁵ Particolarmente critico rispetto ad una continuità tra principio del contraddittorio e principio di partecipazione pare essere A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, op. cit., p. 121 ss.. L'Autore, pur riconoscendo "certamente corretta" la lettura della dottrina che ha individuato nell'art. 3 della l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E "«una sorta di principio generale di partecipazione nell'attività amministrativa», ritiene che tale norma fondi «qualche cosa di più, e cioè una vera e propria indicazione specifica del contenuto della cosiddetta amministrazione contenziosa», in tal modo mantenendo distinte amministrazione partecipata e amministrazione contenziosa e quindi depotenziando l'idea che la partecipazione tragga origine dal principio del contraddittorio proprio delle forme contenziose dell'amministrazione.

²⁶ Per l'introduzione dei concetti di qualità e quantità della partecipazione cfr. S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione*, Milano, 2000, p. 5.

²⁷ Il fondamento della partecipazione viene rinvenuto nell'art. 3 l. 2248/1865 da A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, p. 75, ma limitatamente al principio del contraddittorio. Particolare risalto al principio contenuto nell'art. 3 era stato dato dalla dottrina nella prima metà del '900, in questo dimostrando una particolare lungimiranza (considerato quale è stata l'evoluzione dell'istituto): cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 76, ove sostiene che all'art. 3 l. 2248/1865 andrebbe data applicazione non soltanto in caso di ricorsi amministrativi, ma nello stesso «procedimento di formazione degli atti amministrativi».

partecipazione, nell'accezione assunta ad oggetto della presente ricerca, assomma su di sé profili di tutela del privato, poiché, anche nel caso in cui la partecipazione sia volta a collaborare alla definizione del contenuto del provvedimento finale, reca in sé la garanzia delle posizioni del privato nei confronti dell'amministrazione²⁸.

La disciplina sul contraddittorio procedimentale, dalla sua introduzione e sino alla legge generale sul procedimento amministrativo del 1990, rimane contenuta in alcune isolate previsioni, la cui generalizzazione come norme applicabili a tutti i procedimenti amministrativi, pur autorevolmente sostenuta²⁹, non è risultata unanimemente condivisa³⁰. In ogni caso, tale lettura evolutiva, che forzava il contenuto di una disposizione il cui ambito di applicazione risultava circoscritto ai procedimenti contenziosi, muoveva dall'esigenza di elevare il principio del contraddittorio -da cui origina la partecipazione- a regola dell'agire amministrativo. Tale esigenza pare confermare l'insoddisfazione, che non veniva raccolta dalla giurisprudenza³¹, per un procedimento privo di apporti partecipativi non solo in funzione di tutela, ma anche di collaborazione. Infatti, una volta che sia garantito il contraddittorio nei procedimenti contenziosi, la ricerca di momenti partecipati nei procedimenti di amministrazione attiva, nei quali l'esigenza di tutela è meno avvertita, è diretta a consentire l'intervento nella formazione della decisione dell'amministrazione, al fine di dividerne con essa il contenuto.

D'altra parte, risultava difficile, all'epoca della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, riconoscere l'esistenza di un principio generale simile nell'ordinamento³²: a tale impostazione si opponeva la

²⁸ In questo senso A. PUBUSA, *L'attività amministrativa*, op. cit., p. 75 ss..

²⁹ La posizione è autorevolmente espressa da G. ZANOBINI nel suo *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 73. Come annota precisamente A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, pt. Generale, II, Milano, 2000, p. 967, tale opinione era già stata espressa nell'edizione del 1932 del suo celebre manuale.

³⁰ Cfr. le indicazioni in G. SALA *Potere amministrativo e procedimento*, op. cit., p. 292.

³¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 1964, n. 1382, in *Foro Amm.*, 1964, I, p. 1397; Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 1976, n. 524, in *Cons. Stato*, 1976, I, p. 744.

³² Ciò a maggior ragione ove si consideri la centralità nel nostro diritto amministrativo dell'atto autoritativo -espressione quindi del potere d'imperio dell'amministrazione- rispetto alla fase di formazione della decisione, ovvero sia al procedimento (in questo senso M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 5).

visione³³ dell'amministrazione pubblica separata dalla società e auto-legittimantesi nel potere, attribuitole dalla legge, di valutare gli interessi pubblici, già prefissati dal legislatore, e concretarli nelle scelte dell'agire amministrativo. All'interno di un'amministrazione così intesa, non vi era spazio per alcun apporto esterno, salve le limitate ipotesi di tutela dei propri interessi nei procedimenti contenziosi, ove prevaleva -in definitiva- la tutela del diritto di difesa. Viceversa, proprio la crisi di tale modello di amministrazione e il fenomeno della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa³⁴, dove vengono individuati gli interessi pubblici coinvolti dall'agire della p.a., segnerà l'emersione del principio di partecipazione nel nostro ordinamento.

Per tali ragioni, sino alla l. 142/90 e alla l. 241/90, la partecipazione dei privati è stata introdotta solamente in isolate e disarticolate ipotesi normative³⁵, senza che acquisisse quel carattere di generalità che potesse farne un principio generale. In questo caso, tuttavia, si assiste al riconoscimento di un intervento collaborativo del privato, pur privo di apporti procedimentali di rilievo. Infatti, con riferimento agli interventi del privato in funzione di collaborazione, la l. 25 giugno 1865, n. 2359 in materia di espropriazione per pubblica utilità ha introdotto la facoltà per "chiunque" di prendere visione degli atti relativi alla dichiarazione di pubblica utilità, depositati presso gli uffici comunali, e presentare osservazioni nei quindici giorni successivi a tale deposito, senza però attribuire incisivi poteri per la definizione del contenuto di tali atti con l'Amministrazione.

Di maggior rilievo³⁶, invece, le facoltà partecipatorie dei privati ai procedimenti di formazione dei piani urbanistici e territoriali. Anche

³³ Per la ricostruzione qui proposta cfr. G. SALA, *Potere amministrativo e procedimento*, op. cit., p. 289; nonché in termini riassuntivi R. VILLATA – G. SALA, *Procedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996, p. 577.

³⁴ Per una rassegna dei momenti evolutivi del sistema amministrativo cfr. M.S. GIANNINI, *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, I, Padova, 1988, p. 35 ss.; nonché più diffusamente dello stesso autore *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986. Evidenza come la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa sia dovuta ai mutamenti connessi al passaggio dallo Stato monoclasse di tipo liberale al modello di Stato pluriclasse democratico A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, op. cit., p. 453.

³⁵ Per un quadro di tali disposizioni normative, e della loro lettura giurisprudenziale, cfr. G. BARONE, *L'intervento del privato*, op. cit., p. 111 ss..

³⁶ Anche in ragione dell'essere stata data per acquisita la dichiarazione di pubblica utilità *ex lege*, il che ha fatto venire meno la fase procedimentale delle osservazioni.

in tale ipotesi, la partecipazione dei privati svolge la funzione, prevalentemente, di collaborazione all'attività dell'amministrazione -che acquisisce osservazioni ulteriori per la definitiva realizzazione del piano- e, in via mediata, di tutela delle posizioni degli interessati. La finalità di tutela può costituire la ragione dell'intervento dell'interessato (che può essere animato dalla necessità di salvaguardare un proprio interesse particolare potenzialmente leso dalle previsioni pianificatorie *in itinere*), ma non rappresenta il carattere principale di tali norme in tema di partecipazione. Infatti, nessun vincolo, neppure motivazionale³⁷, è previsto in questi casi per la pubblica amministrazione, la quale è libera di disattendere le osservazioni proposte dal privato, al quale rimane quindi -a prescindere dal suo intervento- il rimedio giurisdizionale.

Tra le forme di intervento del privato, in contraddittorio con l'Amministrazione per la tutela delle proprie posizioni giuridiche, si segnalano le previsioni relative ai procedimenti sanzionatori, ove spiccano le particolari cautele di cui sono stati rivestiti i procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni disciplinari, prevedendosi anche l'audizione dell'interessato. In questo caso, la previsione di incisive forme di intervento del privato è funzionale alle esigenze di tutela e al connesso carattere paragiurisdizionale di tali funzioni, dove viene in rilievo il diritto della parte di difendersi.

Con riguardo allo svolgimento in contraddittorio dell'istruttoria procedimentale, profilo da ultimo interamente disciplinato dal capo III della l. 241/90, il legislatore ha progressivamente inserito nel nostro ordinamento disposizioni che prevedevano il principio dell'*audi alteram partem* nella disciplina di diversi procedimenti per la concessione di beni e servizi (cave, miniere, acque pubbliche, autolinee). Pur isolate, tali disposizioni costituiscono un insieme di regole volte a innestare l'apporto collaborativo del privato nel farsi del provvedimento finale concessorio. In questo caso, comincia a delinearsi, rispetto ai procedimenti sanzionatori e a quelli di pianificazione urbanistica, il carattere proprio della partecipazione che verrà sviluppato dai moduli partecipatori introdotti dalla l. 241/90. L'apporto del privato è, infatti, indubbiamente volto a fornire all'amministrazione gli elementi per determinarsi in ordine all'emissione del provvedimento concessorio. Posto che l'atto di concessione, nel sottrarre all'uso generale un bene per

³⁷ La giurisprudenza ha negato oneri motivazionali nel rigetto delle osservazioni degli interessati nei piani urbanistici.

riservarlo ad un singolo, deve comunque perseguire una finalità pubblica, la richiesta di informazioni all'interessato, che si concretterà nella verifica delle condizioni per ottenere la concessione in capo al soggetto, consentirà all'Amministrazione di meglio perseguire l'interesse pubblico. In questo caso, quindi, l'interesse pubblico di cui è portatrice l'amministrazione e l'interesse del privato coincidono e si definiscono nel momento di formazione dell'atto concessorio: il bene, per fine generale, dovrà essere conferito al soggetto che si palesi in possesso di tutte le condizioni previste dalla norma, mentre il privato avrà interesse a comprovare il possesso di tali requisiti: in assenza di essi, prevarrà l'interesse pubblico al conferimento del bene in concessione a diverso soggetto.

2.2. Funzione di garanzia e funzione di collaborazione: dal contraddittorio amministrativo alla partecipazione.

Per quanto la partecipazione in funzione di garanzia e in funzione di collaborazione³⁸ garantiscano in entrambi i casi un intervento del privato nel procedimento amministrativo, esse perseguono finalità solo in parte coincidenti: nel caso del contraddittorio (e rinviando al punto successivo l'esame della partecipazione collaborativa), l'intervento del privato ha esclusivamente la funzione di tutelare³⁹ una propria posizione giuridica e presuppone -quale che sia l'attività amministrativa all'interno della quale si esercita⁴⁰- un interesse proprio del privato⁴¹, contrapposto⁴² all'amministrazione stessa⁴³.

Si comprende, pertanto, perché tale principio sia stato introdotto

³⁸ Secondo la dizione usata da G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, p. 352 ss.

³⁹ In questo senso, si veda per tutti A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, p. 260 ss..

⁴⁰ E, quindi, per utilizzare la classica tripartizione di F. BENVENUTI, da ultimo in *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1997, sia nell'esercizio dell'autonomia, dell'autarchia, dell'autotutela.

⁴¹ La tutela del proprio interesse privato costituisce anch'essa un connotato della partecipazione, che -come si chiarirà in seguito- non si esaurisce in essa.

⁴² La contrapposizione interesse privato - interesse generale, invece, costituisce un portato proprio del contraddittorio, che non si rinviene nella partecipazione, ma che non impedisce di ricondurre il principio del contraddittorio al *genus* partecipativo.

⁴³ A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento partecipazione nella l. 241/90 (quarant'anni dopo la promulgazione di F. Benvenuti)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 4, p. 661.

dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo proprio nei casi di controversie tra privato e pubblica amministrazione: in quelle ipotesi si sorge, infatti, l'esigenza di tutela del privato rispetto ad un interesse per definizione antitetico a quello di cui quest'ultimo è portatore.

Ed in effetti, la contrapposizione tra l'interesse generale e quello del privato ha rappresentato il connotato dell'azione amministrativa⁴⁴ sì da condurre all'introduzione dell'art. 3 l. 2248/1865 (norma che, negli anni, ha fatto auspicare alla dottrina⁴⁵ una generalizzazione del principio del contraddittorio): l'intervento degli interessati non poteva non essere considerato in una "ottica oppositiva"⁴⁶ nei confronti delle scelte dell'autorità amministrativa che venivano assunte all'interno degli organi della pubblica amministrazione.

Tali considerazioni denotano come il principio del contraddittorio nell'azione amministrativa si inserisse, all'origine, in un sistema di diritto amministrativo che la stessa dottrina vedeva imperniato sullo Stato, quale espressione unica del potere e unico titolare dell'interesse pubblico⁴⁷ e in cui il baricentro era sull'atto in luogo del procedimento⁴⁸. E possiamo, quindi, già anticipare che, allo stesso modo, la partecipazione è strettamente connessa con il sistema amministrativo all'interno della quale si colloca, risultando funzionale ad esso.

Partecipazione e contraddittorio costituiscono due profili, come si va delineando, non coincidenti ma neppure nettamente distinti, poiché il rapporto tra principio del contraddittorio nell'esercizio della funzione amministrativa e partecipazione procedimentale in senso collaborativo si coglie nella disciplina sostanziale delle modalità di intervento nel procedimento, dove non vi è una netta dicotomia tra le due funzioni dell'istituto. Infatti, l'introduzione nel procedimento di istanze e osservazioni delle parti interessate, che costituisce esercizio del contraddittorio ai sensi dell'art. 3 l. 2248/1865, rappresenta una delle modalità con cui partecipare anche in funzione collaborativa ora prevista in via generale dall'art. 10 legge 7 agosto 1990, n. 241. Inoltre, la parte-

⁴⁴ Con riguardo al principio inquisitorio nell'istruttoria procedimentale, che colloca il privato in una posizione di subalternità, v. P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, p. 255.

⁴⁵ Cfr. G. BARONE, *L'intervento del privato*, op. cit., p. 100 ss..

⁴⁶ F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 3, p. 633.

⁴⁷ In questo senso è la stessa dottrina che ha pure colto il carattere innovatore del principio del contraddittorio, poiché risultava coerente con tale impostazione: cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., p. 174 ss..

⁴⁸ M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa*, op. cit., p. 13.

cipazione procedimentale, con la legge generale sul procedimento amministrativo⁴⁹, consente in ogni caso, quale che sia la funzione dell'intervento, la tutela degli interessi del privato interveniente; sì che possiamo sin d'ora evidenziare come, con la legge 241/90, la connessione tra i due istituti si sia saldata, in modo tale che la partecipazione ricomprende in sé il contraddittorio, senza però esaurirsi in esso⁵⁰.

2.3. Contraddittorio procedimentale e "right to be heard". Dalla distinzione alle affinità sotto il profilo comparatistico con la partecipazione in funzione di collaborazione.

Si può, quindi, giungere ora ad affermare che il principio del contraddittorio⁵¹ costituisce solo una delle espressioni della partecipazione⁵², la c.d. partecipazione in funzione di garanzia⁵³, attraverso cui il privato con il proprio intervento tutela una propria posizione giuridica nell'agire dell'amministrazione⁵⁴.

⁴⁹ In questo senso, qui ampiamente condiviso, G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 313.

⁵⁰ Cfr. S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in B. CAVALLO, *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000, p. 86, ove, anche alla luce della l. 241/90, si identifica il contraddittorio con una "tecnica partecipativa".

⁵¹ Sul principio del contraddittorio, nel senso qui illustrato, cfr. G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, p. 9 ss.

⁵² Non si ritiene di dover qui porre una sorta di gerarchia rispetto alle funzioni svolte dalla partecipazione, quasi che la garanzia del privato possa essere preminente - o meno- rispetto alla collaborazione nell'esercizio dell'attività amministrativa. D'altra parte, occorre qui segnalare che parte della dottrina ha -invece- riconosciuto una funzione preminente alla tutela delle posizioni giuridiche degli interessati attraverso la partecipazione: cfr. F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, p. 140: «...la partecipazione è preordinata in primo luogo alla tutela di situazioni giuridiche del cittadino: che poi il concorso di quest'ultimo possa riuscire proficuo nella ricerca d'una soluzione opportuna od accettabile per gli interessi della comunità, si deve e si può ammettere».

⁵³ La distinzione tra partecipazione in forma di garanzia e partecipazione in forma di collaborazione (che rappresenterebbe il *proprium* della partecipazione, pur non esaurendola) si ritrova chiaramente esplicita in G. BERTI, *Diritto e Stato, riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, p. 334 ss..

⁵⁴ Preme sin d'ora rilevare che, in effetti, le due espressioni della partecipazione sarebbero difficilmente scindibili, poiché è arduo immaginare un intervento del privato al procedimento in mera funzione collaborativa e privo di qualsivoglia portato di garanzia. E' evidente che se il privato interviene lo fa anche per tutelare un proprio interesse. Ciò non costituisce un elemento di rottura della partecipazione, al contrario: posto che la funzione ultima della partecipazione si colloca nella definizione

A ciò consegue che sia la sola partecipazione procedimentale in funzione di garanzia (e non tanto l'intervento collaborativo) a costituire espressione del principio, elaborato nei sistemi di *common law*, dell'*audi alteram partem* (ovvero, *right to be heard*)⁵⁵, in base al quale l'Amministrazione deve consentire al privato, su cui si produrranno gli effetti della decisione, di essere ascoltato prima dell'assunzione del provvedimento finale⁵⁶.

Tale principio, proprio dei regimi di *common law*, è presente nel nostro ordinamento nella forma della tutela del contraddittorio ed assume carattere eminentemente processuale⁵⁷, potendosi definire come la garanzia di una «posizione di eguaglianza che è fatta alle parti nel processo»⁵⁸. Pertanto, vi è un evidente assonanza tra principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo, *right to be heard* e diritto -processuale- di essere sentiti in qualità di parti.

Proseguendo nel riferimento comparatistico, il principio del contraddittorio procedimentale nel diritto anglosassone non si esaurisce, tuttavia, nella pur essenziale funzione di tutela del soggetto. Come è

dell'interesse generale (aspetto che definiremo al termine di questo Capitolo), nulla toglie che tale momento definitorio non sia scevro dall'esercizio di poteri del privato a tutela di propri interessi. In questo senso, nell'amministrazione partecipata si compierebbe una sintesi piena tra garanzia delle posizioni dei singoli e perseguimento dell'interesse generale, non solo attraverso la partecipazione del privato al momento di definizione di tale interesse ma attraverso la tutela stessa di interessi particolari.

⁵⁵ Sul principio del *right to be heard* negli ordinamenti di *common law* cfr. F. FRACCHIA, *Analisi comparata della partecipazione procedimentale nell'ordinamento inglese ed in quello italiano*, in *Dir. Soc.*, 1997, p. 189, che evidenzia il connotato differente della partecipazione nel nostro ordinamento. Si precisa che qui l'espressione *right to be heard* è utilizzata, nel senso espresso nel testo, come *diritto ad essere sentiti*, e non come diritto ad essere ascoltati in contraddittorio informale, *right to a hearing*, che non è previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo (cfr. A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, II, p. 1031).

⁵⁶ Corre l'obbligo di segnalare che il principio del contraddittorio così inteso costituisce in effetti il contenuto, generalmente ammesso dalla dottrina, del principio del giusto procedimento, da cui emergerebbe la sua derivazione dalla nordamericana *due process of law clause* (cfr. M. COMBA, *Riflessioni sul diritto al giusto procedimento negli Stati Uniti d'America*, in *Dir. Soc.*, 1992, p. 269 ss.). In questa sede, però, si ritiene di tenere distinti i due principi, mentre nel paragrafo successivo verranno affrontate le differenze tra contraddittorio, partecipazione e giusto procedimento.

⁵⁷ Il principio del contraddittorio nel diritto amministrativo non può ritenersi ultroneo rispetto all'analogo principio processuale: cfr. F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. Amm.)*, in *Encicl. Del Dir.*, vol. XVII, Milano, 1961, p. 738.

⁵⁸ F. BENVENUTI, *Contraddittorio*, op. cit., p. 739.

stato osservato⁵⁹, la funzione difensiva della partecipazione rimane preminente nei sistemi di *common law*, anche in ragione della carenza, in quegli ordinamenti, di una disciplina generale sul procedimento⁶⁰, allo stesso tempo tali ordinamenti prevedono poi modalità di intervento (*inquiries, examination in public e consultation*) che consentono di ampliare il novero dei soggetti che prendono parte al procedimento oltre l'ambito di quelli potenzialmente lesi dal provvedimento finale. In tal modo, viene quindi garantita la partecipazione al momento del "farsi" della decisione amministrativa inserendo l'interesse degli amministrati nella decisione finale.

Ai fini della nostra ricerca, risulta particolarmente utile poter rilevare come il riferimento alla funzione di tutela nel caso di intervento al procedimento non si riveli esaustivo neppure per quegli ordinamenti dove si è sviluppato il principio *audi alteram partem* in ambito procedimentale. Infatti, pur volendo ricercare in chiave comparatistica l'origine della partecipazione, emerge rafforzata l'idea che la funzione di tutela del soggetto, insita nella nozione di contraddittorio procedimentale, non vale a qualificare nel suo complesso -ed anzi si palesi inappropriata- la natura dell'istituto qui in esame. Esso rappresenta piuttosto un profilo⁶¹, da non intendersi come carattere preminente⁶², che rinvia alla natura processuale⁶³ del principio del contraddittorio ma che prescinde dal valore dell'apporto collaborativo del privato al procedimento. Tale insufficienza del modello fondato sulla funzione di garanzia della partecipazione induce, pertanto, a guardare oltre e ricercare -come si è posto quale obiettivo al principio- nella funzione di definizione dell'interesse generale l'elemento distintivo di tale isti-

⁵⁹ F. FRACCHIA, *Analisi comparata della partecipazione procedimentale*, op. cit., p. 189 ss.

⁶⁰ Cfr. R. CARANTA, *Procedimento amministrativo comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1996, v. XI, p. 607 ss.

⁶¹ Come si dirà nell'esaminare il fondamento costituzionale della partecipazione, il contraddittorio è espressione di un «principio generale di carattere costituzionale» (cfr. F. BENVENUTI, *Contraddittorio*, op. cit., p. 739).

⁶² Parlano di lettura "riduttiva" della partecipazione, ove questa venisse posta esclusivamente sul principio del contraddittorio F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 3, p. 635 e A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento e partecipazione nella l. 241/90*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, p. 660.

⁶³ Il procedimento in contraddittorio è stato, infatti, definito come "procedura" da G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 799.

tuto, da cui partire poi per ricercarne il fondamento costituzionale.

D'altra parte, il contraddittorio resta una delle modalità attraverso cui si può estrinsecare la partecipazione alla funzione amministrativa e ciò comporta che, nell'individuare il fondamento costituzionale e la *ratio* degli istituti espressione del principio partecipativo, occorrerà avere a riferimento la partecipazione nel suo complesso, considerando, quindi, come espressione della partecipazione anche l'agire in contraddittorio con l'Amministrazione.

3. Partecipazione procedimentale e definizione dell'interesse generale.

Dalla disamina condotta sulla partecipazione in funzione di contraddittorio dovrebbero risultare chiari i segnali di un'insufficienza di tale modello, funzionale ad un agire amministrativo che pone l'accento sull'autoritarità del provvedimento in luogo della centralità -ancora non avvertita- del procedimento. Al di là del dato (per così dire) storico, la partecipazione in funzione di mera tutela (quasi anticipatoria del contenzioso) è risultata propria dei soli procedimenti contenziosi, mentre in altri casi (quali i procedimenti a carattere generale volti alla formazione di piani urbanistici) si evidenzia l'apporto collaborativo del privato al procedimento, che occorre ora affrontare.

3.1 L'agire amministrativo entro cui può esercitarsi la partecipazione.

Nell'esaminare la partecipazione abbiamo innestato tale principio non tanto nell'agire amministrativo, quanto propriamente nel momento procedimentale. Tale connessione è dovuta essenzialmente al fatto che l'azione amministrativa deve intendersi come azione procedimentalizzata, sì che il principio del procedimento⁶⁴ pervade ogni campo dell'agire dell'amministrazione.

Pertanto, il principio partecipativo si iscrive nella progressiva emersione della centralità del procedimento⁶⁵ nell'attività

⁶⁴ In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 384.

⁶⁵ Come noto, la definizione del procedimento amministrativo con riferimento all'attività amministrativa sostanziale, e non più solo giurisdizionale, si deve a A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959.