

Il dibattito attuale sulla configurabilità della riserva di partecipazione

Cristina Fragomeni

SOMMARIO. 1. Il tortuoso sentiero del riconoscimento del rango costituzionale al giusto procedimento. – 2. La partecipazione procedimentale come nucleo essenziale del giusto procedimento. Giurisprudenza e dottrina allo specchio. – 3. Breve analisi di taluni punti di ricaduta dell'istituto partecipativo. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Il tortuoso sentiero del riconoscimento del rango costituzionale al giusto procedimento*

Sul piano etimologico, il sintagma «giusto procedimento» riflette la qualificazione del «fenomeno formale» conseguente alla conduzione di un «giudizio di valore»¹.

In dottrina si è rilevato il carattere tendenzialmente denotativo, anziché connotativo, rivestito dal principio del giusto procedimento amministrativo, stante la relativa predisposizione ad assorbire un complesso di principi ulteriori e più specifici (partecipazione procedimentale, doveri di buona fede e correttezza della pubblica amministrazione, esternazione delle ragioni della decisione)². In forza del principio in discorso, l'azione amministrativa si esplica nel contraddittorio degli interessati e il procedimento rappresenta il «luogo virtuale di composizione preventiva» dei dissidi maturati tra soggetti pubblici e soggetti privati portatori di interessi confliggenti³.

In maniera più puntuale, è stata evidenziata una duplice accezione del principio del giusto procedimento: accanto a quella indicata, afferente al profilo procedurale, si accosta quella condensata nell'esatta ripartizione dei compiti facenti

¹ A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 509.

² A. Zito, *Il principio del giusto procedimento*, cit., 510.

³ Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 23 marzo 2010, n. 1588.

capo a legislatore e amministrazione, per cui mentre il primo «prevede», la seconda «provvede»⁴. Lungo tale direttrice, si è argomentato che il principio in argomento sorreggerebbe l'autonomia della funzione amministrativa rispetto a quella legislativa⁵.

La genesi del principio del giusto procedimento deve rintracciarsi all'interno degli ordinamenti di *common law*, segnatamente nella *Magna Carta libertatum* del 1215, al cui testo è ricondotta la primigenia proclamazione delle libertà negative dell'individuo rispetto all'*imperium* («*No free man shall be arrested or imprisoned [...] except by lawful judgment of his peers or by the law of the land*»)⁶.

Le pur risalenti tradizioni di *common law*, che hanno trovato sintesi nella *Magna Carta*, presentano significativi nessi con le garanzie poste a livello sovranazionale⁷, avuto peculiare riguardo al contenuto dell'art. 6 CEDU⁸, modello in relazione al quale è stato novellato l'art. 111 del nostro testo costituzionale⁹.

Secondo un certo indirizzo dottrinale, il menzionato art. 111 Cost. porrebbe una garanzia applicabile non solo al processo, ma anche al procedimento, con conseguente riferibilità del *due process of law* al diritto sostanziale, in quanto indicativo di «un modo di porsi del pubblico potere» estendibile a tutte le determinazioni pubbliche che sottendano un'incidenza sulla sfera giuridica del cittadino¹⁰.

⁴ M.C. Cavallaro, *Il giusto procedimento come principio costituzionale*, in *Foro Amm.*, 2001, 6, 1836.

⁵ S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, 249.

⁶ Ivi, 249.

⁷ L.P. Comoglio, *Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica*, in *Il giusto processo*, Roma, 2003, 225.

⁸ Il singolo è riconosciuto titolare del «diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge» che «sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti». Nel quadro delle garanzie di realizzazione del «diritto al processo», la Corte europea dei diritti dell'uomo ha manifestato l'inclinazione a collocare sul medesimo piano l'equità del processo e l'osservanza delle regole formali. In tal senso, F. Manganaro, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Jus publicum*, 2011, 5, richiama, a suggello di tale orientamento, le sentenze Pozzi c. Italia e Paleari c. Italia del 26 luglio 2011. La mancata previsione della celebrazione del dibattimento in pubblica udienza nella procedura per l'applicazione della misura di prevenzione della confisca integra, nella decisione della Corte, la violazione dell'articolo 6 della CEDU.

⁹ Non appare superfluo rammentare che sul modello dell'art. 6 CEDU il citato art. 111 Cost. è stato modificato tramite l'introduzione dei cinque commi di delineazione della fisionomia del giusto processo, per effetto della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, reazione alla rilevata incompatibilità con la Costituzione dei principi accusatori ispiratori del codice di procedura penale. Precisamente, l'aspro contrasto aveva interessato il rapporto tra legislatore del processo penale e Corte costituzionale con riferimento al principio di non dispersione delle fonti di prova acquisibili. In tal senso, M. Ramajoli, *Giusto processo amministrativo e giusto processo tributario*, in *Rassegna tributaria*, 2013, 2, 5.

¹⁰ G. Colavitti, *Il "giusto procedimento" come principio di rango costituzionale*, in *www.rivistaiaic.it*. Per quanto più specificamente attiene alla relazione tra legittimazione a partecipare al procedimento e legittimazione al processo, si veda R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione al processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 717 ss.

Al medesimo approdo pervengono le riflessioni sulla portata del richiamato art. 6 CEDU¹¹. Con stretto riferimento al dato letterale, il termine «tribunale» sarebbe impiegato per designare anche il soggetto pubblico che esercita la funzione giurisdizionale in senso sostanziale, con annesso ampliamento dello spettro applicativo della norma, per includervi il procedimento amministrativo. Tra i risvolti che si sono annoverati ricorrono: l'accrescimento dell'importanza del ruolo espletato dalla pubblica amministrazione, l'affermazione del principio del giusto procedimento «inteso in senso penetrante», l'eventualità di una duplicazione delle garanzie¹², lo sviluppo di una concezione del processo amministrativo come espediente idoneo a supplire all'eventuale lesione dell'art. 6 perpetrata in sede procedimentale¹³. Quanto all'ultimo punto, il giudizio amministrativo è inteso alla stregua di uno strumento di integrazione delle garanzie pretermesse nell'ambito del procedimento amministrativo¹⁴. Affinché possa concretamente contemplarsi un tale risultato, si rende necessario riconoscere al giudice amministrativo la titolarità del potere di sostituirsi integralmente alla pubblica amministrazione (*full jurisdiction*)¹⁵.

Si tratta di termini in cui si è espressa la Corte di Strasburgo¹⁶, secondo cui la giurisdizione di annullamento può dirsi bastevole a condizione che il giudice amministrativo abbia il potere di surrogare la decisione invalida ovvero di demandare la questione all'ente affinché provveda *ex novo*. È in tal modo delineato il paradigma della «continuità tra procedimento e processo», muovendo dall'assunto della inscindibilità, sul piano ontologico, delle funzioni amministrativa e giurisdizionale: la verifica in ordine all'osservanza dell'art. 6 CEDU deve, pertanto, involgere «l'intero procedimento amministrativo e giurisdizionale»¹⁷.

¹¹ Cfr. sul punto M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

¹² L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 243.

¹³ Sul rapporto di compensazione tra procedimento amministrativo e processo amministrativo, si veda M. Allena, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018, 2; C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, 765.

¹⁴ Si veda, ad esempio, Corte eur. Dir. uomo, 24 ottobre 1983, ricorsi 7299/75 - 7496/76, *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgio*. Sul medesimo tema, A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, 128, secondo cui: «[...] alcune delle garanzie procedurali previste dalla Convenzione possono risultare spostate dal momento in cui la decisione direttamente decisiva per la determinazione del diritto viene adottata in prima battuta, alla sede di controllo della decisione stessa, che, dunque, diviene il momento fondamentale perché la determinazione del diritto possa essere considerata giusta ai fini della CEDU».

¹⁵ L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, cit., 246.

¹⁶ Si vedano, ad esempio: Corte eur. Dir. uomo, 28 giugno 1990, ricorso 11761/85, *Obermeier v. Austria*, spec. p. 70; Corte eur. Dir. uomo, 21 settembre 1993, ricorso 12235/86, *Zumtobel v. Austria*, spec. p. 32; Corte eur. Dir. uomo, 13 febbraio 2003, ricorso 49636/99, *Chervol v. Francia*, p. 77.

¹⁷ In sostanza, il giudice dovrebbe «poter riesercitare *ex novo* il potere», incontrando «il solo limite delle scelte di merito in senso proprio che, in quanto democraticamente rilevanti [...] chiamino in causa il principio di sovranità popolare». M. Allena, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit., 30-31, 39;

L'ordinamento nazionale si presenta significativamente distante rispetto alla visione europeo-convenzionale innanzi esposta, non soltanto per l'inadeguatezza del momento sostanziale, che alimenterebbe un frequente ricorso allo strumento processuale, ma anche per le difficoltà esistenti nel profilare un tale esteso sindacato in capo al giudice amministrativo, inclusivo del potere di sostituirsi all'amministrazione (si pensi alle ipotesi di esercizio amministrativo di discrezionalità tecnica, su cui si tornerà *infra*). Si è dunque posta l'esigenza di una rilettura congiunta del giudice amministrativo in rapporto alla pubblica amministrazione, suo «oggetto e fondamento»¹⁸.

L'*excursus* che precede impone di specificare, come è stato opportunamente rilevato, che il giusto procedimento ha acquisito, una volta introdotto nell'ordinamento nazionale, una connotazione non pienamente coincidente con quella assunta negli Stati di origine e che, in sede di applicazione, lo stesso deve essere temperato con le istanze di effettività e celerità dell'azione amministrativa¹⁹.

Inoltre, secondo un'opinione dottrinale, l'art. 111 Cost. nei confronti del legislatore si limiterebbe a definire un modello di cui costui deve tenere conto «nella strutturazione del procedimento amministrativo», sul presupposto della nitida linea di confine che separa la *jurisdictio* dall'*administratio*, negando, lungo tale direzione, la sussistenza di punti di contatto tra il principio del giusto processo e il principio del giusto procedimento²⁰. A suggello della cennata separazione, nonché della stessa concezione ora riportata, si porrebbe il contenuto dell'art. 34, comma 2, c.p.a., che, impedendo al giudice di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati, preserverebbe il procedimento in quanto terreno naturale di svolgimento del rapporto amministrativo e il processo in quanto spazio di tutela delle situazioni giuridiche soggettive²¹, consumata l'inosservanza

L.R. Perfetti, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, cit., 2018, 244, che per tali profili rimanda a B. Gilberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013.

¹⁸ C. Feliziani, *Effettività della tutela nel processo o nel procedimento? Convergenze e divergenze tra il sistema italiano di giustizia amministrativa e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., 771-772. Come puntualizzato dall'Autrice, qualificano l'amministrazione come base insopprimibile della giurisdizione amministrativa S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in V.E. Orlando, *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, ora in Id, *Scritti giuridici*, Milano, II, 2006, 1117; M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessi sulle conseguenze sostanziali degli assetti processuali*, in *Studi per il Centenario della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989, ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 2059.

¹⁹ S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, cit., 253-254.

²⁰ C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2021, 6, 2985; M.A. Sandulli, *La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza, spunti dai recenti progetti di riforma*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 5, 1595 ss.

²¹ L'assimilazione tra i due momenti sarebbe, peraltro, discussa, attesa l'assenza nel momento procedimentale della terzietà in capo all'autorità decidente. In tal senso, M. Allena, *L'art. 6 Cedu e la continuità tra procedimento e processo*, cit, 44-45.

delle regole sottese al rapporto medesimo, e smentirebbe l'impostazione per cui il secondo si atterrebbe a soluzione alternativa nell'eventualità del fallimento del primo²².

Ciò posto, focalizzando l'attenzione sul piano dell'individuazione del fondamento costituzionale del principio del giusto procedimento, una volta esclusa la sua riconducibilità al paradigma dell'art. 111 Cost., risulta opportuno ripercorrere gli orientamenti ondivaghi, a tratti contraddittori, sposati nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale.

La disputa in questione risale, com'è noto, ai primi anni Sessanta: è in questa cornice storica che si ascrive la qualificazione, ad opera della Corte costituzionale, dell'esigenza del giusto procedimento come principio generale dell'ordinamento giuridico dello Stato: «Quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni ai diritti dei cittadini, la regola che il legislatore normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico»²³. Successivamente, la stessa Corte, effettuando un sostanziale arretramento, esclude il riconoscimento al principio in disamina di rango costituzionale nonché la riconducibilità al paradigma dell'art. 97 Cost. dell'obbligo di aderire a modelli di procedimento amministrativo che contemplino la partecipazione dei soggetti privati, giungendo a teorizzare la plausibilità dell'osservanza del principio del giusto procedimento anche nell'ambito di un procedimento di approvazione legislativa²⁴. Coerentemente con un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, infatti, «nessuna disposizione costituzionale o statutaria comporta una riserva agli organi amministrativi o *esecutivi* degli atti a contenuto particolare e concreto. Una tale riserva, infatti, non solo non può essere desunta dalle norme che attribuiscono agli organi regionali le funzioni amministrative, le quali non definiscono mai queste ultime in base a caratteri strutturali delineati in opposizione a quelli attribuibili alle funzioni legislative, ma è anche 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 particola-

²² P. Cerbo, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, 107-108.

²³ Cfr. Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, in *Giur. cost.*, 1962, con nota di V. Crisafulli, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, 130 ss.

²⁴ Cfr. Corte cost., 25 ottobre 1985, n. 234.

re, a quelle giudiziali»²⁵. Un ulteriore argomento adoperato nella giurisprudenza costituzionale per giustificare l'estromissione del giusto procedimento dall'alveo dei principi costituzionali risiede nella constatazione che la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive è già assicurata nell'ordinamento ai sensi del combinato disposto degli artt. 24 e 113, Cost.²⁶.

Dall'avvento della legge sul procedimento traggono alimento sentenze che, assumendo come parametro la disciplina della partecipazione, depongono nel senso della contrarietà ai principi di uguaglianza e ragionevolezza delle previsioni normative legittimanti l'emissione di provvedimenti nei confronti del privato al di fuori di un preventivo contraddittorio²⁷.

Le pronunce costituzionali dei primi anni 2000 valorizzano la connessione tra il giusto procedimento e la garanzia di un successivo controllo giurisdizionale, ai sensi dell'art. 113 Cost., esigibile dal cittadino avverso l'atto motivato conclusivo del procedimento amministrativo. La disciplina del giusto procedimento, afferma la Corte, postula che il destinatario dell'atto sia avvisato in ordine all'avvio del procedimento, possa intervenire per spiegare le proprie difese (dialogo con il potere), consegua un atto motivato, ottenga tutela in sede giurisdizionale²⁸. Tale realizzazione della portata del principio del giusto procedimento non investe, tuttavia, il piano del riconoscimento di un fondamento costituzionale.

Ancora nel 2015, la stessa Corte rimarca che il principio del giusto procedimento non può reputarsi «assistito in assoluto da garanzia costituzionale», espressamente agganciandosi al proprio risalente orientamento *supra* riportato e, in tal modo, non disvelando alcun mutamento di posizione sul punto²⁹.

Il ruolo cruciale del procedimento amministrativo, con ancoraggio della relativa esigenza ai principi di legalità e buon andamento, viene ripreso nella sentenza n. 69 del 2018, in cui la Corte afferma: «È nella sede procedimentale, dunque, che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato 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. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possi-

²⁵ Cfr. Corte cost. 21 marzo 1989, n. 143, con espressa adesione ai precedenti nn. 20/1956, 59 e 60/1957, 61/1958, 108/1971, 83/1982, 190/1986, 331 e 513/1988.

²⁶ Corte cost., 31 maggio 1995, n. 210; 19 marzo 1993, n. 103; 20 marzo 1978, n. 23.

²⁷ G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amministrativo: Tar – 2007*, 2717. L'Autore fa propria la tesi secondo cui il legislatore ordinario (e così anche il legislatore della legge sul procedimento amministrativo) può influenzare le modalità di applicazione del testo costituzionale. Cfr., per un riscontro a livello giurisprudenziale della tesi richiamata, Corte cost., n. 210/1995 (in cui il giusto procedimento è declinato come «criterio di orientamento» per legislatore e interprete); n. 505/1995; n. 104/2006 (in cui è riconosciuto rango costituzionale al principio di pubblicità, parte integrante del nucleo della partecipazione).

²⁸ Cfr. Corte cost., 23 marzo, nn. 103 e 104.

²⁹ Cfr. Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71.

bili 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'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi): 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. In definitiva viene in tal modo garantito 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. Difatti, a chiusura del sistema, vi è la possibilità di sottoporre le scelte compiute e le relative modalità di adozione al vaglio giurisdizionale³⁰. La pronuncia richiamata si porrebbe, secondo un'opinione, a completamento di un tragitto, intrapreso con la ricordata sentenza n. 13/1962, che vede la conferma dell'indole costituzionale del principio del giusto procedimento, tracciando una corsia preferenziale in favore di un'amministrazione «aperta e partecipata»; il procedimento amministrativo, inteso come spazio, circoscritto e protetto, di adozione consapevole delle decisioni facenti capo alla pubblica amministrazione, assurgerebbe, in tal modo, a strumento di giuridificazione del rapporto amministrativo, favorendone la migliore esplicazione³¹.

Il complesso delle considerazioni illustrate in ordine alla rilevanza del momento sostanziale trova sviluppo, in tempi più recenti, nella nota sentenza n. 116/2020 della Corte costituzionale. In tale sede, evitando espressamente di scomodare il tema spinoso della riserva di amministrazione nel nostro ordinamento³², la Corte trasla l'insistente valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi vantaggi dal piano delle enunciazioni di principio a quello della concreta applicazione, sancendone l'operabilità come «limite intrinseco alla scelta legislativa». Il naturale risvolto della qualificazione di una materia come amministrativa è individuato nella produzione di un contenzioso specifico, centrato sull'osservanza delle regole del procedimento amministrativo e sottoposto al vaglio del giudice amministrativo. Torna dunque l'allusione al legame intercorrente tra il principio del giusto procedimento e il principio di giustiziaz-

³⁰ Cfr. Corte cost., 5 aprile 2018, n. 69.

³¹ F. Cortese, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Reg.*, 2018. L'Autore osserva che con la pronuncia in rassegna la Corte costituzionale ha concentrato l'attenzione non sul procedimento in sé, bensì su «ciò che il procedimento consente razionalmente di fare».

³² Sulla riserva di amministrazione, si vedano D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; G.U. Rescigno, *Variazioni sulle leggi provvedimento (o meglio, sulla legge al posto di provvedimento)*, in *Giur. cost.*, 2008, 3070 ss.

bilità dei pregiudizi inferti alle situazioni giuridiche soggettive protette dall'ordinamento; tuttavia, il rilievo della Corte, si è approfondito, trascenderebbe l'ambito del mero riconoscimento dell'assoggettabilità del provvedimento amministrativo al controllo del giudice, su iniziativa dell'interessato³³. La Corte costituzionale, esprimendosi nei predetti termini, avrebbe, infatti, ammesso l'esistenza nell'ordinamento nazionale di una riserva di procedimento amministrativo (specie in relazione al profilo delle garanzie di partecipazione che pertengono allo stesso procedimento)³⁴; la natura amministrativa della materia si attergerebbe, in altri termini, a «limite sostanziale», imponendo il rispetto della sfera riservata alla pubblica amministrazione³⁵, ivi incluse le garanzie connaturate al procedimento amministrativo³⁶.

In disparte le pur non trascurabili difficoltà insite nella perimetrazione delle materie aventi natura amministrativa³⁷, la pronuncia in rassegna trasuda un cambio di paradigma intervenuto nel «codice genetico della Consulta», in cui, estremizzando, si è ritenuta iscritta l'esclusione di una riserva di provvedimento amministrativo, intesa come principio costituzionale implicante l'adozione di prescrizioni relative al caso concreto ricorrendo esclusivamente all'atto amministrativo. Più approfonditamente, dal depennamento della riserva di amministrazione la stessa Corte avrebbe evinto l'eguale inammissibilità della prescrizione costituzionale di moduli predefiniti (partecipazione procedimentale), di talché potrebbe affermarsi che il principio del giusto procedimento ha subito le ripercussioni della negazione dell'ammissibilità di una riserva di amministrazione nell'ordinamento³⁸.

Cionondimeno, la stessa dottrina successiva alla pronuncia in commento ha continuato a nutrire incertezze in ordine all'attribuzione al giusto procedimento di un fondamento costituzionale: da un lato, si è propugnato che il prin-

³³ I.M. Marino, *Principio di legalità e procedimenti ablativi*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2, 729.

³⁴ C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, cit., 2977. Sulla configurabilità, a livello costituzionale, di una riserva di procedimento amministrativo, si veda G. Morbidelli, *La riserva di atto amministrativo nella disciplina delle modifiche di destinazione d'uso senza opere*, in *Giur. cost.*, 1991, 2445.

³⁵ Si è parlato, al riguardo, dell'introduzione di una nozione di «riserva di amministrazione flessibile», attesa la fusione in tal modo operata tra riserva di amministrazione e principio di ragionevolezza, sicché «un intervento legislativo in un ambito che dovrebbe essere [...] di spettanza del potere pubblico deve essere considerato irragionevole». In tal senso, V. Lopilato, *Il sistema costituzionale del diritto amministrativo nella giurisprudenza del Giudice Giancarlo Coraggio*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022.

³⁶ C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, cit., 2986.

³⁷ C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, cit., 2979 ss. L'Autore pone l'accento sull'astrattezza delle conclusioni cui è pervenuta la Corte costituzionale, auspicandone, in chiusura, interventi successivi di chiarificazione dei criteri di individuazione delle materie *naturaliter* amministrative.

³⁸ G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, cit., 2711.

cipio in argomento sarebbe assurdo a principio costituzionale una volta riconosciuto che una legge provvedimento non può avvalersi «dell'ampio margine di discrezionalità politica riservato al legislatore per eludere le garanzie di un giusto procedimento»³⁹; dall'altro lato si è, diversamente, sostenuto che, giusta l'astrettezza degli approdi della giurisprudenza costituzionale, bisognasse pazientare per comprendere se il percorso volto alla costituzionalizzazione del giusto procedimento fosse stato concretamente avviato⁴⁰. Ad avviso di chi scrive, in ragione degli oscillanti orientamenti espressi dalla Corte costituzionale in materia, occorre muoversi con cautela in attesa di un (ancora) auspicato riconoscimento di rango costituzionale al principio del giusto procedimento che sia esplicito, in modo da definitivamente fugare gli annosi dubbi che avviluppano il tema.

2. *La partecipazione procedimentale come nucleo essenziale del giusto procedimento. Giurisprudenza e dottrina allo specchio*

Alla stregua di quanto ricostruito, quella del rilievo costituzionale del giusto procedimento e, dunque, della partecipazione procedimentale, costituisce una tematica in cui si è registrata ampia divaricazione tra giurisprudenza e dottrina.

Non solo la giurisprudenza costituzionale, ma anche la giurisprudenza amministrativa precedente all'entrata in vigore della L. n. 241/1990, ha escluso l'attribuzione di rango costituzionale alle garanzie partecipative⁴¹, affermando il carattere eventuale in rapporto al cittadino, il cui apporto in fase istruttoria sarebbe addirittura obliterabile⁴².

Essendosi la giurisprudenza evocata sedimentata anteriormente alla emanazione della legge sul procedimento, su di essa ha, con ogni probabilità, influito il dogma della supremazia del potere pubblico, ossia la tendenza inveterata ad assegnare alla pubblica amministrazione (portatrice di un interesse pubblico preminente per antonomasia) una posizione di privilegio in raffronto a quella rivestita dal cittadino. In tal senso, assumendo l'angolo prospettico della giurisprudenza amministrativa di quegli anni, la tutela del privato avrebbe dovuto relegarsi al

³⁹ F. Liguori, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un'introduzione*, CERIDAP, 2024, 1, 67.

⁴⁰ C. Chiariello, *Una possibile apertura della Corte costituzionale alla riserva di procedimento amministrativo*, cit., 2987.

⁴¹ Cons. Stato, nn. 660/1975; 1532/1976; 534/1980; TAR Veneto, n. 1079/1978; TAR Piemonte, n. 99/1979.

⁴² Cons. Stato, n. 422/1981; TAR Calabria, n. 3/1983. Non può comunque sottacersi l'esistenza di pronunce di segno diverso, assertive dell'obbligo della pubblica amministrazione di promuovere il contraddittorio con il privato nelle ipotesi in cui il provvedimento da adottare sia destinato ad incidere negativamente sulla situazione giuridica soggettiva di cui egli è titolare. Cfr., ad esempio, Cons. Stato, n. 130/1969.

momento processuale⁴³, con tutte le perplessità radicate, anche in questo contesto, in ordine alla pari ordinazione tra gli interessi sostanziali di cui le parti sono titolari⁴⁴. L'orientamento ricordato non pare essere stato scalfito dall'entrata in vigore del testo costituzionale, malgrado le ricadute che esso ha avuto sul dogma dell'egemonia del potere pubblico⁴⁵. Su tale ultimo punto, si è argomentato che, alla luce del dettato costituzionale, la «preminente dignità nei confronti degli altri soggetti» dovesse propriamente attribuirsi ai comportamenti della pubblica amministrazione, singolarmente considerati e regolamentati alla stregua dell'ordinamento giuridico, in quanto espressioni di una potestà attribuita *ab externo* ed esercitata in forme tipiche, negando, per tale via, la riconduzione all'amministrazione in quanto entità di una posizione idonea a sovrastare gli altri soggetti⁴⁶.

Il mutamento di indirizzo in merito alla portata delle garanzie partecipative anche nella giurisprudenza amministrativa, come per quella costituzionale, è dunque conseguente non all'entrata in vigore della Costituzione, bensì all'emanazione della legge sul procedimento amministrativo⁴⁷. Prima di essa, non era stato configurato un principio generale di partecipazione del cittadino al procedimento amministrativo, ancorché fossero inferibili elementi idonei a suffragarne la vigenza, oltre che dalla Costituzione (come meglio si vedrà *infra*), dalla legislazione ordinaria, precisamente dall'art. 3, legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E⁴⁸, la

⁴³ G. Gargano, *La riserva di procedimento amministrativo*, Napoli, 2023, 90 ss.

⁴⁴ Secondo M. Ramajoli, *Giusto processo amministrativo e giusto processo tributario*, cit., 4, la titolarità in capo alla pubblica amministrazione di un interesse pubblico «per definizione preminente» si porrebbe alla radice dell'assenza di una pari ordinazione tra gli interessi sostanziali di cui sono portatrici le parti tanto nel giudizio amministrativo quanto in quello tributario. Tale assetto degli interessi facente capo alle parti, ad avviso di alcuni Autori, sarebbe fisiologico sul piano del diritto sostanziale (argomentando sempre a partire dalla preminenza dell'interesse pubblico), ma non sul piano del diritto processuale, laddove la pubblica amministrazione dovrebbe rivestire una posizione equivalente a quella delle parti private. In tal senso, F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura del medesimo autore, IV ed., Torino, 2011, 171; F. Patroni Griffi, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, *Lectio Magistralis del Presidente del Consiglio di Stato, svolta su Virtual Learning Environment – UNIBO*, Bologna, 24 novembre 2020, 13, secondo cui «nel processo le posizioni delle parti – a differenza che nel procedimento – diventano pari».

⁴⁵ Come constatato da attenta dottrina, «per un verso, nessuna posizione di supremazia generale è riconosciuta all'amministrazione dalla Costituzione repubblicana. Per altro verso, il principio di legalità costituzionale comporta che non vi è potere amministrativo se non dove sia la legge ad attribuirlo (principio di tipicità)». In tal senso, M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 1, 192.

⁴⁶ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 187.

⁴⁷ Cfr., a titolo esemplificativo, TAR Sicilia, Catania, 31 gennaio 1994, n. 67; Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14.

⁴⁸ Ai sensi del citato articolo: «Gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative, le quali, ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate, provvederanno con decreti motivati, previo parere dei consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalla legge stabiliti. Contro tali decreti, che siano scritti in calce del parere ugualmente motivato, è ammesso il ricorso in via gerarchica in conformità delle leggi amministrative». La dottrina maggioritaria riconobbe all'art. 3, comma 1, la natura di norma programmatica, il cui fine sarebbe stato quello di confinare la previsione dell'istituto par-

cui esigua applicazione è stata addebitata alle perplessità destate da un istituto la cui generalizzata attuazione avrebbe potuto ostruire l'esercizio dell'azione amministrativa⁴⁹, così avallando l'osservazione secondo cui «il massimo della partecipazione coincide con il massimo dell'inefficienza»⁵⁰.

Per la dottrina, è acquisizione consolidata che il procedimento amministrativo rappresenti la fisiologica modalità di estrinsecazione dell'azione amministrativa⁵¹. In particolare, secondo Benvenuti, la partecipazione pone il cittadino su un piano di parità rispetto all'amministrazione, nel ruolo di coamministrante, coerentemente con una lettura della pubblica amministrazione costituzionalmente orientata. L'istituto della partecipazione procedimentale, pertanto, riedifica il ruolo espletato dal cittadino, rendendolo «coinvolto al fenomeno amministrativo», nell'ottica, squisitamente democratica, di percezione della partecipazione come occasione di acquisizione di più informazioni possibili da parte del funzionario, orientando l'adozione di un atto legittimo⁵². Sono così poste in risalto le plurime sfaccettature della nozione di partecipazione: informativa, collaborativa, difensiva⁵³.

Invero, la concezione riportata, che accorda al cittadino il coesercizio del potere, è stata confutata dalla considerazione per cui il contributo partecipativo dovrebbe correttamente inquadrarsi nella fase istruttoria, in cui si svolge il bilanciamento tra gli interessi in gioco, momento prodromico, ma separato da quello decisivo, in seno al quale la decisione finale è appannaggio della sola amministra-

tipativo alle materie in cui esso fosse espressamente contemplato e disciplinato dalla normativa di settore, in tal modo escludendone la valenza come «principio autoapplicativo». M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004, 23 ss.

⁴⁹ E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 106. Quanto alle opinioni favorevoli all'applicazione generalizzata dell'art. 3, l. n. 2248/1865 a tutti i procedimenti di primo grado, si vedano G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1958, 76 ss; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, II, s.d., 541.

⁵⁰ R. Dahrendorf, *Il conflitto sociale nella modernità*, Bari, 1989. Evidenziano il sovraccarico che la partecipazione concentrerebbe sul procedimento amministrativo V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in *Giustamm.it*, 2005; E. Cardì, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I e II, Rimini, 1983-1984, 3.

⁵¹ F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1958, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 2006, 1130 ss. M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 231, ha, a suo tempo, sottolineato il carattere risalente del fenomeno partecipativo, accanto alla cui «funzione garantista» si andava, all'epoca, sviluppando una «funzione comunitaria».

⁵² F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, 1977, 599. In senso analogo, M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1970, 75; M. Nigro, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, Milano, 1990, 12.

⁵³ Sulle declinazioni della nozione di partecipazione, si vedano F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 26 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 13 ss.; F. Saitta, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, F. Manganaro, S. Perongini, F. Saitta (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 247 ss.

zione, pena la dissoluzione dell'«elemento dell'autorità»⁵⁴. Trapela dalla richiamata impostazione la consapevolezza dell'irrealizzabilità di un modello di amministrazione paritario, con traslazione del baricentro di produzione del diritto alla società⁵⁵, in ragione del suo implicare la dissipazione del potere quale conseguenza della relativa smisurata estensione⁵⁶.

Per quanto attiene ai fondamenti costituzionali della partecipazione procedimentale, autorevole dottrina ne ha rimarcato la sovrabbondanza, scorgendone il collegamento con l'effettività della tutela giurisdizionale, l'imparzialità dell'azione amministrativa e il principio di partecipazione di cui all'art. 3, comma 2, Cost.⁵⁷. In senso affine, constatando il carattere disorganico del fenomeno partecipativo, si è osservato che la partecipazione si declina in strumento di «difesa preventiva», se legittimata in ragione della titolarità di una situazione giuridica soggettiva che sarà incisa dagli effetti della decisione; si sostanzia, invece, in collaborazione all'assunzione di decisioni concernenti «interessi ultraindividuali», nel caso in cui la legittimazione discenda dalla qualità di cittadino⁵⁸.

La derivazione della facoltà del cittadino di partecipare al procedimento amministrativo dal principio di imparzialità, che importerebbe l'obbligo per la pubblica amministrazione di recepire e ponderare anche gli interessi dei cittadini⁵⁹, è stata contestata in dottrina sul rilievo per cui l'art. 97 Cost. dovrebbe essere interpretato alla stregua di una direttiva che il legislatore ha l'obbligo seguire nel regolamentare i singoli procedimenti⁶⁰. Addirittura, secondo un'opinione, l'imparzialità escluderebbe la partecipazione, in ragione del suo postulare la neutralità dell'amministrazione «e quindi l'assenza di pressione degli amministrati»⁶¹. In tal senso, tracciata la linea di confine tra imparzialità e democraticità, la partecipazio-

⁵⁴ M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, cit., 111 ss.

⁵⁵ Per definire il fenomeno dell'allargamento alla società del centro di produzione del diritto è stato impiegato il termine «demarchia», sulla falsariga del sistema del diritto privato, in cui tale produzione proviene in via diretta dall'autonomia dei privati. In tal senso, F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, 124.

⁵⁶ S. Cognetti, «Quantità» e «qualità» della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 3.

⁵⁷ G. Manfredi, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, cit., 2710, con specifico riferimento al pensiero di U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996, 119 ss. Sul legame tra il principio di uguaglianza sostanziale e la partecipazione, si veda V. Atripaldi, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione dell'art. 3 della Costituzione*, in Aa.Vv., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli, 1974, 13.

⁵⁸ In tal senso, F. Trimarchi Banfi, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2019, 1, 1.

⁵⁹ G. Barone, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969, 46 ss.

⁶⁰ M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, cit., 28.

⁶¹ S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in *Arch. giur.*, 1970, 25.

ne del privato al procedimento preordinato all'adozione dell'atto di suo interesse è stata definita come conseguenza della seconda⁶².

Ciononostante, non sono mancate descrizioni della propensione ad incrementare il coinvolgimento del cittadino nel procedimento amministrativo⁶³, con conseguenti oggettivazione del potere e superamento della sua «unilateralità», come riflesso della necessità di applicare al procedimento stesso i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento⁶⁴.

La dottrina sopra richiamata, nel soffermarsi sulla «qualità» della partecipazione, ha operato una puntuale delimitazione di due nozioni sotto essa sussumibili⁶⁵. La prima, politica, prescinde dalla riferibilità al cittadino di una specifica legittimazione procedimentale, sostanzandosi nella «capacità generale» di rappresentare le proprie posizioni ed opinioni all'autorità decidente; la riferita capacità, rinvenendo, si sostiene, fondamento negli art. 3, comma 2 e 4, comma 2, Cost., dovrebbe riconoscersi a tutti i cittadini. Da tale nozione si è separata quella giuridica di partecipazione, che ha a che vedere con i risvolti, giuridicamente rilevanti, necessariamente scaturenti dall'esercizio della partecipazione da parte del soggetto legittimato ad intervenire nel procedimento, in ragione del suo comportare la «doverosità del comportamento dell'autorità amministrativa», da intendersi come obbligo di recepire e soppesare l'interesse esternato nonché di fornire una risposta che offra contezza dell'adeguata ponderazione delle circostanze (fattuali e giuridiche) prefigurate dal partecipante. Sicché, da ultimo, il valore giuridico della partecipazione non si consuma nella facoltà ovvero nel diritto di trasporre nel procedimento le proprie ragioni ed il proprio convincimento, ma ricomprende in sé il risultato giuridicamente conseguibile, oggetto di tutela in sede giurisdizionale. Com'è dato rilevare, mentre la prima nozione si specchia nell'art. 3, comma 2,

⁶² A. Pubusa, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 76. Per una ricostruzione dell'istituto partecipativo come l'*ubi consistam* della democrazia, si vedano G. Sala, R. Villata, *Procedimento amministrativo (ad vocem)*, Dig. disc. pubbl., XI, Torino, 1996. L'attribuzione alla partecipazione di una funzione democratica, secondo M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, 31, avrebbe costituito, in Italia, il risvolto delle soluzioni prospettate, anteriormente all'approvazione della L. n. 241/1990, al problema della tutela degli interessi superindividuali.

⁶³ Una tendenza, sebbene minoritaria, nel senso opposto, nel timore di un eccessivo prolungamento del procedimento, ha teorizzato l'attribuzione al soggetto pubblico della facoltà di filtrare discrezionalmente i contributi partecipativi, ammettendo soltanto quelli valutati rilevanti ai fini della decisione; avallando tale impostazione si sarebbe tuttavia alimentata un'idea della pubblica amministrazione, contigua a quella già esposta, come titolare di un determinante controllo sulla decisione finale. Sul punto, E. Cardì, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, I, Rimini, 1983, 34.

⁶⁴ S. Cognetti, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, cit., 3 ss.

⁶⁵ S. Cognetti, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, cit., 66 ss. L'Autore riconosce alla precisazione dei confini tra le due nozioni di partecipazione un valore preliminare nel quadro dell'analisi condotta in ordine alla «qualità» della partecipazione, dipendente, quest'ultima, dalla disciplina legislativa e dalle modalità di compensazione degli spazi che dalla prima residuano, per effetto delle attività dei partecipanti, della pubblica amministrazione e, soprattutto, del giudice amministrativo.

Cost., la seconda sottende collegamenti con gli art. 24 e 113 Cost. ed evidenzia l'importanza dell'istituto della motivazione del provvedimento.

3. *Breve analisi di taluni punti di ricaduta dell'istituto partecipativo*

Sulla scorta di quanto sopra esposto, risulta allora che la dottrina avesse fatto proprie posizioni di avanguardia, ritenendo imprescindibile la partecipazione del privato al procedimento amministrativo. Tale imprescindibilità della partecipazione sarà ora esaminata nell'ambito di casi specifici.

Un contesto nel quale si è segnalata la preminenza dell'istituto partecipativo è quello sovranazionale, con specifico riguardo all'approvazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, laddove è emersa una nozione di partecipazione strumentale alla determinazione contenutistica del piano. In dottrina si è colta la valorizzazione dell'istituto partecipativo nella sua dimensione inclusiva e democratica, scaturente dalla relativa applicazione alle deliberazioni pluristrutturate, ontologicamente intrise di conflittualità, che incarnano il paradigma del dialogo tra pubblico e privato e ben si ascrivono nel contesto, tipicamente ricostruttivo, post-pandemico⁶⁶.

Nella Comunicazione della Commissione europea del 27 maggio 2020, il coinvolgimento anche della società civile assurge a condizione ineliminabile per la ripresa dell'Europa: «La ripresa dell'Europa sarà un lavoro di squadra che coinvolgerà tutti noi in quanto persone, parti sociali, società civile, imprese, regioni, paesi e istituzioni». In senso affine depono il regolamento Ue n. 241/2021, a mente del quale la realizzazione PNRR a livello nazionale avrebbe dovuto includere «una sintesi del processo di consultazione condotto con i portatori di interessi nazionali» nonché racchiudere «una spiegazione dei piani, dei sistemi e delle misure concrete dello Stato membro intesi a prevenire, individuare e rettificare i conflitti di interessi, la corruzione e la frode e a evitare la duplicazione dei finanziamenti da parte del dispositivo e di altri programmi dell'Unione».

È così annoverato, tra gli elementi costitutivi di ciascun PNRR, quello partecipativo.

Cionondimeno una pari enfasi al momento partecipativo non è stata riscontrata a livello nazionale, specie nella «fase ascendente», in cui la compressione delle garanzie partecipative ha interessato non solo la società civile (destinataria di un consistente numero di interventi programmati), ma anche gli enti territoriali

⁶⁶ E. Frediani, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 304.

(cui sarebbe spettata una fetta importante di attuazione del piano)⁶⁷. Alla profilata lacuna partecipativa, registrata nella fase di definizione contenutistica del piano, ha fatto da contraltare il perseguito potenziamento della fase di esecuzione concreta del medesimo («discendente»), tramite l'introduzione di forme di partecipazione integranti il risultato di un processo di perfezionamento che ha interessato i tradizionali meccanismi partecipativi, «nella direzione di un contraddittorio che si apprezza in termini non più meramente difensivi, ma quale strumento di natura orizzontale»⁶⁸.

In tale cornice si è ascritto, a titolo esemplificativo, l'istituto del tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, introdotto con D.L. 31 maggio 2021, n. 77, convertito dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, il quale, ancorché forte nei principi, in quanto astrattamente concepito come mezzo di partecipazione e inclusione, nei fatti, ha spiegato i propri effetti sull'esclusivo piano della consultazione, finendo poi con l'essere soppresso per effetto del D.L. 24 febbraio 2023, n. 13.

L'epilogo che ha interessato un organismo istituito con l'obiettivo apposito di attuare l'inclusione è stato ritenuto emblematico della tendenziale incapacità dell'ordinamento nazionale di predisporre strumenti adeguati a garantire l'effettiva partecipazione della collettività alle fasi costitutive del Piano nonché della democrazia rappresentativa di conformarsi ai ritmi della programmazione⁶⁹.

Sul medesimo versante di attuazione del PNRR, ma con specifico riguardo alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose, giunge all'attenzione il procedimento interdittivo antimafia, di cui al D.Lgs. n. 6 settembre 2011, n. 159, alla luce delle modiche apportate per effetto del D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233; settore peraltro emblematico dello sviluppo della discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione⁷⁰, la

⁶⁷ K. Kurcani, *La partecipazione alle decisioni di investimento: il caso del PNRR*, Relazione al Convegno *Riforme amministrative e crescita economica: la sfida del Pnrr*, organizzato nell'ambito del PRIN 2020 Re.S.To.R.E. il 24 novembre 2023 presso l'Università degli studi di Palermo.

⁶⁸ E. Frediani, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, cit., 336.

⁶⁹ In tal senso si vedano K. Kurcani, *La partecipazione alle decisioni di investimento: il caso del PNRR*, cit.; G. Gotti, *La partecipazione all'elaborazione e all'attuazione del PNRR, tra democrazia partecipativa e sussidiarietà orizzontale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2024, 2. Con più specifico riguardo al ridimensionamento del ruolo espletato dal Parlamento nella fase di elaborazione del Piano, si vedano A. Conzutti, *Il PNRR al crocevia tra forma di governo e tendenze in atto nel sistema euro-nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2022, 4; F. Polacchini, *I riflessi del Pnrr sulla forma di governo e sui processi di indirizzo politico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2022, 4.

⁷⁰ Sul vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo delle valutazioni complesse e di forte componente tecnica effettuate in tale ambito, si vedano Corte cost., 26 marzo 2020, n. 57; Cons. Stato, Sez. III, 25 ottobre 2021, n. 7165.

cui analisi permette di rievocare il collegamento tra giusto procedimento e giustiziabilità dei pregiudizi arrecati alle situazioni giuridiche soggettive, sopra trattato.

Per quel che rileva in questa sede, con il ricordato intervento normativo si è realizzata l'introduzione del contraddittorio nell'ambito del procedimento di rilascio dell'informativa antimafia. Trattasi di una modifica densa di significato, che ha interessato un procedimento tendenzialmente sottratto ai presidi partecipativi, a partire dall'applicazione dell'art. 7, L. n. 241/1990⁷¹, nel quadro del fenomeno, da tempo in atto nel settore in disamina, di dequotazione complessiva delle garanzie procedurali. La stessa giurisprudenza, anche temporalmente a ridosso dell'innovazione legislativa in discorso, sosteneva infatti che, ai fini dell'emissione dell'interdittiva prefettizia antimafia, lo svolgimento del contraddittorio procedimentale, avente carattere non necessario, bensì eventuale, ai sensi dell'art. 93, comma 7, D.Lgs. n. 159/2011, lungi dal rappresentare una «prerogativa assoluta», fosse passibile di limitazioni. Tale mitigazione delle prerogative partecipative era motivata in relazione alle oggettive ragioni di urgenza e ai profili specifici, correlati allo svolgimento di attività investigative, intrinsecamente connotanti il procedimento interdittivo⁷²; procedimento preordinato all'adozione di una misura provvisoria e cautelare⁷³, rispetto al quale si è ritenuto che il principio del giusto procedimento integrasse un valore non assoluto⁷⁴, ma derogabile al verificarsi di eccezionali ipotesi connesse alla salvaguardia di interessi superiori legati alla tutela dell'ordine pubblico⁷⁵. Per suffragare la legittimità di una informazione interdittiva è, insomma, sufficiente una diagnosi incentrata sulla oggettiva esistenza dei fatti sottoposti al vaglio critico dell'amministrazione e su una prognosi

⁷¹ R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo. Parte generale e speciale*, XV ed., Neldiritto Editore, 2021, 1380.

⁷² Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 25 ottobre 2021 n. 7165; 31 gennaio 2020, n. 820; 25 marzo 2019, n. 1968; 9 febbraio 2017, n. 565; 15 marzo 2016, n. 1038. In senso critico rispetto all'orientamento della giurisprudenza amministrativa, «governata dal Consiglio di Stato», si veda F.G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in *Giustamm.it*, 2018, 6.

⁷³ Cfr., in senso contrario, TAR Puglia, Bari, Sez. III, 13 gennaio 2020, n. 28, che, respingendo l'assunto della natura cautelare, ha descritto il provvedimento in argomento come «atto conclusivo del procedimento amministrativo avente effetti definitivi, conclusivi e dissolutori del rapporto giuridico tra l'impresa e la P.A., con riverberi assai durevoli nel tempo, se non addirittura permanenti, indelebili e inemendabili». In dottrina, a cagion d'esempio, ha parlato al riguardo di «ergastolo imprenditoriale» M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giustamm.it*, 2016, 3.

⁷⁴ Sulla natura non assoluta della partecipazione si veda A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 1074, il quale evidenzia 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». Sulla conciliabilità della disciplina antimafia con il principio del giusto procedimento si veda L. Filieri, *Note sul principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia*, in *Nuove autonomie*, 2021, 2, 485 ss.

⁷⁵ L'interdittiva antimafia è una misura preordinata alla protezione, oltre che dell'ordine pubblico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento dell'amministrazione. Cfr. Cons. Stato, 3 maggio 2016, n. 1743; Ad. Plen., 6 aprile 2018, n. 3.

si non irragionevole né illogica circa la loro idoneità ed adeguatezza a disvelare il rischio di un tentativo di condizionamento criminoso⁷⁶. In corrispondenza delle descritte circostanze si è persino assunta l'inconciliabilità tra le perseguite finalità preventive del tentativo di infiltrazione della criminalità e le procedure partecipative⁷⁷. L'eventuale compressione delle garanzie procedurali, si è sostenuto, riceverebbe comunque compensazione per effetto del successivo sindacato, pieno ed effettivo, condotto dal giudice sul provvedimento prefettizio. Ciononostante, la stessa giurisprudenza ha auspicato «un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedurali» rispetto a tutti i frangenti in cui le residue incertezze in ordine alla permeabilità mafiosa risultino suscettibili di chiarificazione attraverso il contributo procedimentale del privato⁷⁸.

Il contraddittorio endoprocedimentale introdotto incarna, invero, un *sui generis* nel novero degli istituti di partecipazione procedimentale, attesa la diversità ontologica rispetto alle previsioni di cui all'artt. 7 e 10 *bis* della legge sul procedimento⁷⁹, nonostante il comune denominatore dell'ispirazione al principio del giusto procedimento.

Più puntualmente, l'art. 92, comma 2 *bis*, del Codice Antimafia impone al Prefetto l'obbligo di confrontarsi con il potenziale destinatario della informazione interdittiva antimafia, in una fase successiva all'avvio e alla parziale istruzione del procedimento interdittivo antimafia («sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2»), ma anteriore all'approdo ad uno dei plausibili esiti previsti (informazione di tipo interdittivo ovvero misure di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94 *bis*) e, dunque, antecedente alla stessa adozione della primigenia informazione interdittiva⁸⁰.

Come rilevato da accorta giurisprudenza⁸¹, il contraddittorio in rassegna espleta una funzione sostanziale, in considerazione dell'ampiezza degli apprezzamenti devoluti al Prefetto nonché della connessione funzionale che intrattiene con

⁷⁶ TAR Calabria, Reggio Calabria, 14 febbraio 2024, n. 241.

⁷⁷ Cons. Stato, Sez. III, 26 ottobre 2016, n. 4555.

⁷⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979.

⁷⁹ Sull'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, si veda la recente Tar Calabria, Reggio Calabria, 19 agosto 2024, n. 532, che evidenzia come la norma si ponga a presidio dell'effettività della partecipazione procedimentale, imponendo «un contraddittorio effettivo, e non di mera forma, sulle circostanze ostative all'accoglimento dell'istanza, che si traduce nell'obbligo per l'amministrazione di dare esplicitamente conto nella motivazione del provvedimento finale – pur senza dover procedere ad un'analitica confutazione – delle ragioni per le quali le deduzioni difensive siano ritenute inidonee a superare i rilievi enunciati nel preavviso. A tale obbligo si correla, poi, nel perseguimento di una identica funzione di tutela del contraddittorio, il divieto di enunciare nel provvedimento finale ragioni ostative preesistenti non indicate nel preavviso di rigetto, giacché, appunto, una simile possibilità vanificherebbe la stessa *ratio* della norma, consentendo all'amministrazione di non attivare il contraddittorio procedimentale su una o più questioni, già emerse dall'istruttoria, ritenute parimenti di ostacolo all'accoglimento dell'istanza del privato».

⁸⁰ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 31 gennaio 2022, n. 152.

⁸¹ TAR Calabria, Reggio Calabria, 8 agosto 2023, n. 678.

le misure di *self cleaning*. Nel disegno del legislatore, infatti, lo scambio dialettico risultante, che si svolge in una fase prodromica rispetto a quella di adozione dell'interdittiva, è volto alla produzione di un effetto, oltre che deflattivo del contenzioso, utile sia per il privato, chiamato ad esercitare un ruolo proattivo, al fine di arginare l'esito esiziale del procedimento, sia per la pubblica amministrazione, la quale, cogliendo l'occasione per acquisire e/o riconsiderare le informazioni, può ricostruire «un quadro istruttorio il più possibile esaustivo e funzionale all'emissione di un provvedimento ispirato a canoni di proporzionalità e ragionevolezza».

In simmetria con tali valutazioni si colloca la sopra esposta visione benvenuta della partecipazione come momento di raccolta di informazioni utili a guidare l'adozione di un provvedimento legittimo e trovano accoglimento le istanze avanzate da quella dottrina che paventava l'insussistenza strumenti idonei alla tutela dell'interessato a fronte della plausibile commissione di errori, specie nelle ipotesi di particolare complessità dei fatti sottesi alla determinazione prefettizia⁸².

Tuttavia, non sono mancate posizioni di titubanza, specie in relazione al riferimento, contestualizzato nello stesso comma 2 *bis* dell'art. 92, alle «particolari esigenze di celerità del procedimento», in tema di pretermisibilità della comunicazione, di cui non possono comunque costituire oggetto «elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose». La prima deroga si posiziona in linea con la disciplina e gli orientamenti antecedenti e, per tale ragione, potrebbe prestare il fianco all'instaurazione di un rapporto di continuità con essi, mettendo in discussione l'asserita trasformazione del contraddittorio in materia da eccezione a regola⁸³.

Sul punto, si è osservato che la riproduzione del modello di cui all'art. 93, comma 7, del Codice antimafia e di quello di cui all'art. 7 della legge sul procedimento sarebbe apparente, in concreto da escludersi, in ragione della specificità del campo in cui si versa, vale a dire quello di «contestazione degli addebiti». L'audizione di cui all'art. 93, comma 7, rimane, invero, sullo sfondo e potrebbe essere disposta successivamente allo svolgimento del contraddittorio di cui all'art. 92, comma 2 *bis*.

Quanto al raffronto con il citato art. 7, il destinatario del preavviso di interdittiva potrà, al più, fornire argomenti funzionali a stimolare il Prefetto alla riforma della valutazione degli indizi che ha condotto all'attivazione della procedura, e non, diversamente, concorrere allo svolgimento di detta valutazione⁸⁴. Il rilievo

⁸² F. Figorilli, W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *Federalismi.it*, 2021, 14, 84-85.

⁸³ M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in *Federalismi.it*, 2022, 15, 48.

⁸⁴ M.A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, cit..

è in linea con il confine esistente tra attività provvedimentale di carattere generale (centrata sull'accertamento dei fatti) e attività provvedimentale afferente alle informative antimafia (fondata sull'apprezzamento dei rischi di infiltrazione)⁸⁵; tale confine, circoscrivendo la riflessione al coinvolgimento del privato, trova del resto riscontro, sul piano lessicale, nell'impiego di due termini differenti: partecipazione quanto alla prima attività, contraddittorio per la seconda⁸⁶.

Per quanto afferisce alla deroga imperniata sulla presenza di elementi informativi il cui disvelamento potrebbe compromettere lo svolgimento di concomitanti procedimenti amministrativi, o attività processuali, ovvero l'esito di altri accertamenti tesi alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose, essa pare eclissare la portata della modifica normativa. Si è, infatti, posto l'accento sulla potenziale agevolezza attraverso cui il Prefetto riuscirebbe ad opporre, in qualità di impedimento allo svolgimento del contraddittorio, la pendenza di indagini coinvolgenti soggetti collegati all'impresa destinataria del provvedimento⁸⁷; in aggiunta, non può sottacersi come tale evidente discrezionalità in capo all'autorità prefettizia potrebbe porsi alla radice di un restringimento ovvero di un aggravamento del sindacato del giudice amministrativo⁸⁸.

Più in generale, l'ampia potestà discrezionale in cui si inquadra il potere prefettizio ha indotto parte della dottrina a parlare di un sindacato giurisdizionale sul provvedimento interdittivo debole ed estrinseco, legato a presupposti mutevoli e indefiniti⁸⁹. Di diverso avviso risulta la giurisprudenza, la quale ha recentemente rimarcato che il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio del potere prefettizio, sottendendo l'accesso pieno ai fatti rivelatori del pericolo, assume

⁸⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 9 ottobre 2023, n. 8765.

⁸⁶ Quanto all'attività provvedimentale di carattere generale, è stato rimarcato che la scelta del legislatore di adoperare il termine «partecipazione», anziché il termine «contraddittorio», come previsto nel disegno di legge predisposto dalla Commissione Nigro, nel titolare il capo III della legge sul procedimento, sarebbe stata finalizzata a spiegare adeguatamente un complesso di disposizioni in cui l'intervento del privato è valorizzato sia *uti singulus* sia *uti civis*. Sul punto, M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, cit., 69.

⁸⁷ S. Ippedico, *Le interdittive antimafia tra collaborazione e contraddittorio: nuove contraddizioni?*, in *Casazione penale*, 2023, 12, 4345.

⁸⁸ M.A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *Giustiziasieme.it*, 2023. L'Autrice pone l'accento sull'assenza, nel contesto delle misure amministrative di prevenzione, di un contraddittorio che verta sul contenuto degli atti dei procedimenti penali, atti non prodotti, ma soltanto citati dal Prefetto e dalle forze di polizia. Da tali considerazioni emerge con maggior vigore l'importanza del sindacato, pieno ed effettivo, concernente la totalità dei presupposti sottesi al provvedimento gravato, condotto dal giudice amministrativo, considerato anche che a fondamento dell'adozione del provvedimento interdittivo potrebbe eventualmente porsi la sentenza di assoluzione che definisce il procedimento penale. Su tale ultimo punto, si veda Tar Calabria, Reggio Calabria, 5 giugno 2024, n. 373, in cui si evidenzia che la misura preventiva in questione prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali in capo ai soggetti destinatari, potendo desumersi situazioni indiziarie anche dalle sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui risultino valutazioni del giudice competente «su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa».

⁸⁹ M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, cit., 48.

ad oggetto l'esistenza o meno di tali fatti, gravi, precisi e concordanti, nonché la ragionevolezza e la proporzionalità della prognosi inferenziale desunta, in ossequio ad un criterio probabilistico, dai fatti medesimi. Strutturandosi il tal modo, il sindacato per eccesso di potere sui vizi della motivazione del provvedimento amministrativo sarebbe idoneo a scongiurare le degenerazioni della valutazione prefettizia in «pena del sospetto» e della discrezionalità amministrativa in materia in «puro arbitrio»⁹⁰.

È dunque evidente la persistente difformità di vedute tra giurisprudenza e dottrina in merito alla pienezza ed alla effettività del sindacato giurisdizionale in materia⁹¹.

Un altro banco di prova delle garanzie partecipative è costituito dal caso dell'ordine di demolizione di un'opera abusiva. La natura vincolata dell'ordinanza di demolizione escluderebbe l'obbligo di comunicare previamente l'avvio del procedimento amministrativo, attesa la preclusione all'amministrazione di valutazioni di interesse pubblico concernenti il mantenimento del bene influenzabili da una partecipazione attiva del destinatario, anche nell'ottica di scongiurare il vano aggravio del procedimento⁹²; la ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato si assume effettuata a monte dal legislatore⁹³. In aggiunta, sul destinatario del provvedimento di demolizione grava una presunzione di consapevolezza dell'abuso, presupposto fattuale del provvedimento medesimo, rientrante nella sua «sfera di controllo»⁹⁴.

Occorre, in ogni caso, dar conto dell'esistenza di una differente impostazione, sebbene minoritaria, a mente della quale sarebbe più confacente alla *ratio* della L. n. 241/1990 la tesi della necessaria comunicazione di avvio del procedimento nella materia esaminata, in quanto l'accertamento del fatto e il suo corret-

⁹⁰ Cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, 26 agosto 2024, n. 542; Cons. Stato, Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

⁹¹ Per approfondire, si veda L. Bordin, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2023, 14, 43 ss. L'Autore, a fronte di una giurisprudenza amministrativa assestata sul modello sindacatorio della discrezionalità tecnica di carattere non sostitutivo, affinché sia garantito un controllo pieno ed effettivo sul potere esercitato dal Prefetto, prospetta l'adesione al paradigma del cosiddetto sindacato di maggiore attendibilità, alla luce delle coordinate ermeneutiche fornite da Cons. Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990 (in materia di sanzioni amministrative antitrust); in tal modo, il giudice amministrativo sarebbe chiamato ad esplicitare la ragione per cui la motivazione prefettizia rivestirebbe un grado di attendibilità superiore rispetto a quello insito negli argomenti prodotti dalla parte ricorrente.

⁹² Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VII, 21 ottobre 2022, n. 8993; Sez. IV, 22 agosto 2018, n. 5008.

⁹³ Sul carattere vincolato e obbligatorio del potere repressivo esercitato dall'amministrazione in materia urbanistico-edilizia, si vedano A. Iannelli, *Le violazioni edilizie amministrative, civili e penali*, Milano, 1981; R. Ursi, *Commento ad art. 27 Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Testo Unico dell'edilizia*, Milano, 2015, 671 ss.

⁹⁴ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 4 maggio 2023, n. 4537; Sez. VI, 7 novembre 2022, n. 9715; Sez. II, 20 maggio 2019, n. 3208.

to inquadramento giuridico integrerebbero momenti imprescindibili della valutazione amministrativa in ordine all'esistenza delle condizioni per l'emissione del provvedimento, sicché risulterebbero indiscutibili l'interesse del destinatario a presentare le proprie osservazioni e la relativa partecipazione⁹⁵.

Si inserisce nel contesto delineato l'esaltazione del risultato dell'azione amministrativa, così come emergente dal testo dell'art. 21 *octies*, comma 2, qui rilevante nella sua connessione con il ridimensionamento delle garanzie formali; persino nella giurisprudenza risalente è rinvenibile una definizione della comunicazione di avvio come obbligo di risultato, la cui inosservanza non sarebbe autonomamente sufficiente a determinare l'integrazione del vizio di violazione di legge⁹⁶. L'indirizzo riportato è anteriore alla L. 11 febbraio 2005, n. 15, che, com'è noto, ha recepito e trasposto nell'art. 21 *octies*, comma 2, l'orientamento sostanzialistico già diffuso in giurisprudenza.

4. *Considerazioni conclusive*

Analizzati alcuni articolati esempi di applicazione dell'istituto partecipativo, è giunto il momento di proporre alcune riflessioni.

Quanto all'attuazione delle misure di partecipazione nel quadro del PNRR, è dato riscontrare un palese scollamento tra il piano europeo, in cui è risultata inestirpabile la consapevolezza del rilievo dell'istituto partecipativo, e l'esperienza nazionale, che ne ha posto in risalto i tratti più marcatamente problematici. La parabola della declinazione assunta dalla partecipazione nel panorama nazionale getta luce sull'esigenza del consolidamento dello strumento partecipativo, sebbene, a rigore, con riferimento alla partecipazione alle politiche pubbliche⁹⁷, tramite un processo da attivarsi a monte, adottando come punto di partenza la riflessione sulle ragioni del relativo fallimento⁹⁸.

Sul procedimento preordinato al rilascio dell'interdittiva antimafia, a fronte dell'attribuzione al Prefetto di ampi margini di apprezzamento dei rischi di infiltrazione, non può disconoscersi l'impellenza di un controbilanciamento da ope-

⁹⁵ In tal senso, G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2015, 745; quanto alla giurisprudenza, si vedano, invece, TAR, Abruzzo, Pescara, 11 marzo 2008, n. 157; Cons. Stato, Sez. V, 29 gennaio 2004, n. 296; TAR, Campania, Napoli, Sez. VIII, 28 dicembre 2007, n. 16550.

⁹⁶ TAR Toscana, Sez. I, 17 febbraio 1995, n. 92.

⁹⁷ Con stretto riferimento all'apporto dei cittadini alla definizione delle politiche pubbliche risulta isolabile una nozione di partecipazione il cui punto nodale risiede nella considerazione e valorizzazione delle posizioni e degli interessi dei cittadini medesimi nell'ambito dei processi decisionali. In tal senso, G. Cassola, *Cittadino e spazi urbani: prospettive per politiche pubbliche partecipative*, in *Federalismi.it*, 2024, 10, 73.

⁹⁸ K. Kurcani, *La partecipazione alle decisioni di investimento: il caso del PNRR*, cit..

rarsi attraverso il riconoscimento di garanzie in capo al destinatario della misura nonché attraverso il penetrante sindacato condotto dal giudice amministrativo.

Sul punto, stimola senz'altro riflessioni la recente pronuncia con cui il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, divergendo rispetto alle regole generali elaborate dalla giurisprudenza in materia, ha gravato il destinatario dell'interdittiva illegittima dell'onere di provare gli elementi di responsabilità dell'amministrazione ai fini del risarcimento del danno ritenuto conseguente all'emissione del provvedimento, prova peraltro complicata dalle specificità e delicatezza del contesto in cui si versa⁹⁹.

Nel ventaglio delle conseguenze «sistemiche» della qualificazione dell'attività provvedimentale in materia di interdittiva antimafia è stata annoverata, con la medesima pronuncia, la necessità della sottoposizione dei provvedimenti relativi ad un controllo giurisdizionale effettivo, al cospetto di un ambito di per sé (astrattamente) incompatibile con l'odierno assetto del processo amministrativo, informato all'effettività della tutela giurisdizionale¹⁰⁰.

La frequente affermazione dell'esigenza di un sindacato pieno, della cui profondità la dottrina ha dimostrato di dubitare, induce a ritenere che il rafforzamento del sistema di garanzie in favore del privato non abbia rinvenuto totale soddisfazione con l'innesto nel Codice antimafia della garanzia procedurale in materia di contraddittorio; ma questo dipende anche (e soprattutto) dall'ineliminabile livello di opinabilità che contrassegna le valutazioni «magnetiche» dell'autorità prefettizia, attesa la necessaria discrezionalità amministrativa in materia ai fini della ponderazione del pericolo infiltrativo concretamente esistente¹⁰¹.

Da ultimo, nell'ambito del procedimento di emissione dell'ordine di demolizione della *res* abusiva, il fenomeno della dequotazione delle garanzie parteci-

⁹⁹ In particolare, sotto il profilo soggettivo, rileva il CGARS, la configurazione della responsabilità aquiliana dell'amministrazione per esercizio illegittimo del potere presuppone la sussistenza di un *quid plus* rispetto all'illegittimità del provvedimento successivamente annullato, identificato nella rimproverabilità soggettiva della pubblica amministrazione, elemento soggettivo di complesso discernimento, specie nella materia esaminata. È pertanto evidente il contrasto rispetto alla giurisprudenza (facente capo anche allo stesso CGARS) che qualifica l'illegittimità del provvedimento come sintomo della colpa dell'amministrazione, presunzione relativa in corrispondenza della quale l'onere probatorio è invertito, gravando sull'amministrazione medesima la prova contraria circa l'assenza di colpa. Cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 3 giugno 2020, n. 372. Sul punto, R. Rolli, M. Maggiolini, *Danni, danni a cascata nell'interdittiva antimafia illegittima (nota a CGRS n. 233/2024)*, in *Giustiziainsieme.it*, 2024.

¹⁰⁰ Cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 28 marzo 2024, n. 233; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2022, n. 10624.

¹⁰¹ Non appare superfluo rammentare che le caratteristiche della misura scrutinata, centrata sulla ricostruzione di un quadro indiziario relativo a tentativi di infiltrazione volti a condizionare le determinazioni dell'impresa, si posizionano in coerenza con i tratti fattuali e sociologici del fenomeno mafioso, così giustificando l'attribuzione al Prefetto di ampi margini di accertamento e apprezzamento. Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15 settembre 2014, n. 4693; Sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2796; 13 ottobre 2003, n. 6187.

ve tende a sovrapporsi (e a confondersi) con quello della dequotazione dei vizi del provvedimento, attesa la funzionalità della comunicazione di avvio del procedimento alla partecipazione e l'esclusione dell'annullabilità del provvedimento emesso in suo difetto. La giurisprudenza ha comunque ritenuto integrato il vizio della mancata comunicazione di avvio del procedimento nelle ipotesi in cui permanga l'esigenza di accertamenti materiali rispetto ai quali sussista un contrasto sui presupposti fattuali e sulla qualificazione giuridica della fattispecie, al fine di garantire il contraddittorio sul punto¹⁰². In presenza di tali circostanze, non possono precludersi gli apporti suscettibili di incidere sulla decisione definitiva, tenuto conto che la pretesa partecipativa del privato involge la ricognizione dei presupposti sottesi alla determinazione amministrativa; d'altra parte, non può dirsi sussistente alcun principio né logico né giuridico che impedisca al destinatario dell'atto vincolato di rappresentare all'amministrazione le proprie ragioni, argomentando l'inesistenza dei presupposti ipotizzati dalla norma, nell'esercizio preventivo di quell'attività di difesa che altrimenti rimarrebbe esiliata nella sede giurisdizionale¹⁰³.

In conclusione, il presente lavoro, analizzando lo stato attuale della questione relativa alla partecipazione procedimentale, ha voluto porre in evidenza quanto ancora sia aperta e contraddittoria la discussione su un istituto pur profondamente scandagliato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. L'estensione della partecipazione, attesa l'esigenza di adottare una decisione che tenga conto di tutti gli interessi in gioco, è necessaria purché non debordi nel formale rispetto della procedura prevista dalla legge, trascurando il principio costituzionale del buon andamento. In questo antagonismo trovano sintesi molte tra le posizioni sull'istituto della partecipazione.

¹⁰² TAR Calabria, Reggio Calabria, 8 luglio 2024, n. 448. Nel caso di specie, l'amministrazione, nell'emaneare i provvedimenti di demolizione e sgombero impugnati, si era espressamente basata sul presupposto della demanialità dell'area che, tuttavia, non era affatto scontato; ciò che avrebbe reso necessario garantire la partecipazione al procedimento dell'interessato, potendone scaturire elementi utili per il definitivo accertamento della natura dell'area occupata. In senso affine, Cons. Stato, Sez. VI, 5 agosto 2013, n. 4073.

¹⁰³ Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. II, 19 ottobre 2006, n. 8683; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 26 agosto 2020, n. 750; Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288.

Cristina Fragomeni - Abstract

Il dibattito attuale sulla configurabilità della riserva di partecipazione

Il contributo, muovendo dalle radici storiche del principio del giusto procedimento, approfondisce l'incidenza dell'istituto partecipativo in alcuni settori dell'azione amministrativa, evidenziandone un'evoluzione nell'assimilazione sotto l'influsso della dialettica costante tra dottrina e giurisprudenza.

The current debate on the configurability of the participation reserve

The contribution, starting from the historical roots of the principle of due process, examines the impact of the participatory institute in some sectors of administrative action, highlighting an evolution in the assimilation under the influence of the constant dialectic between doctrine and jurisprudence.