

ALBERTO ZITO

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata
albertozito@legalprotection.it

**LA PARTECIPAZIONE AI PROCESSI DECISIONALI DEI
PUBBLICI POTERI E IL SUO “STATO DI SALUTE”
NELL’ATTUALE EVOLUZIONE DEL SISTEMA POLITICO E
GIURIDICO**

**PARTICIPATION IN THE PUBLIC DECISION-MAKING PROCESSES
AND ITS “STATE OF HEALTH” IN THE CURRENT EVOLUTION OF
THE POLITICAL AND LEGAL SYSTEM**

SINTESI

A partire dagli anni Settanta del secolo scorso si registra una vera e propria esplosione della domanda di partecipazione ai processi decisionali pubblici.

Tra le cause scatenanti di questo fenomeno, rientra, in primo luogo, la crisi del tradizionale sistema dei partiti, dovuta, in particolare, alla progressiva incapacità di questi ultimi di veicolare, nel circuito della rappresentanza politico-parlamentare, i molteplici interessi individuali e collettivi espressi dall'articolazione pluralistica del corpo sociale.

Nello stesso periodo di tempo prende corpo, inoltre, la crisi del principio di legalità, a fronte della quale, la valorizzazione degli istituti di partecipazione procedimentale svolge un essenziale funzione di compensazione, assurgendo a fattore di legittimazione dell'esercizio del potere amministrativo.

Non mancano, però, elementi di criticità, idonei a mettere in discussione la possibilità di partecipazione ai processi decisionali pubblici: dall'esigenza, sempre più stringente in una società e una economia globalizzata, di assumere decisioni in tempi rapidi; al verificarsi con sempre maggiore frequenza di situazioni di emergenza, con il conseguente ricorso all'istituto del commissariamento, cui si accompagna la sospensione dell'ordine legale e l'attribuzione di poteri straordinari, che possono essere esercitati anche in deroga alla legislazione vigente; al sempre maggiore utilizzo dell'Intelligenza Artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni.

ni per svolgere le attività preparatorie della decisione finale e talvolta per elaborare anche una proposta di decisione; al ricorso da parte dei pubblici poteri di nuove tecniche di regolazione, quale per esempio il nudge, che costituiscono diretta applicazione dei risultati cui sono pervenute le scienze comportamentali, e la cui messa in opera prescinde dallo svolgimento di un procedimento in senso tradizionale.

Di qui, la necessità per i giuristi di affrontare e risolvere i molti problemi che si addensano intorno alla partecipazione anche attraverso gli opportuni cambiamenti del tessuto normativo.

ABSTRACT

Since the 1970s, there has been an increasing demand for participation in public decision-making processes. The main cause of this phenomenon is the crisis of the party system and the inability of the parties to represent adequately social interests at political level.

In the same period, the law's ability to effectively limit administrative action decreases. In response to these developments, the strengthening of procedural participation mechanisms has played a crucial compensatory role, emerging as a legitimizing factor for the exercise of administrative power.

However, several critical factors can undermine the role of participation in public decision-making processes: from the growing need for rapid decisions in a globalized society and economy; to the increasing frequency of emergency situations requiring the use of extraordinary administrations (commissioners), resulting in the suspension of the ordinary legal system and the granting of extraordinary powers exercisable in derogation of existing legislation; to the growing use of artificial intelligence by public administrations for preparatory activities and, at times, for drafting decisions; and, finally, to the adoption by public authorities of new regulatory techniques, such as "nudging," which constitute a direct application of the findings of behavioral sciences and whose implementation circumvents the implementation of traditional administrative procedures.

Hence, the need for legal scholars to address and resolve the many problems that are gathering around participation also suggesting through appropriate changes

at the regulatory level.

PAROLE CHIAVE: partecipazione democrazia partiti politici principio di legalità procedimento amministrativo globalizzazione

KEYWORDS: participation democracy political parties rule of law administrative procedure globalization

INDICE: 1. Qual è lo stato di salute della partecipazione: considerazioni introduttive. 2. I segnali di vitalità: dallo "Stato dei partiti" allo Stato della partecipazione". 3. I segnali di vitalità: la partecipazione come fattore di legittimazione dell'esercizio del potere amministrativo e come risposta alla crisi del principio di legalità. 4. Luci e ombre sulla partecipazione: considerazioni conclusive

1. Qual è lo stato di salute della partecipazione: considerazioni introduttive

Interrogarsi sull'attuale stato di salute della partecipazione nel nostro sistema giuridico ha una sua indubbia ragion d'essere, dal momento che, se per un verso tale istituto sembra godere di ottima salute, tuttavia non mancano sintomi di segno contrario che ci mostrano quantomeno segnali di stress.

Gli elementi che depongono per uno stato di salute eccellente della partecipazione sono senza dubbio molteplici. È sufficiente ricordare in primo luogo come quantomeno a partire dagli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso si registra nella realtà una vera e propria esplosione della domanda di partecipazione ai processi decisionali pubblici. A fronte di questa domanda vi è il progressivo e costante ampliamento dell'offerta di partecipazione o perché essa viene prevista e regolamentata dalla legge o perché essa si impone dal basso (ovvero in altri termini le istituzioni pubbliche si mostrano disponibili ad accogliere la suddetta domanda e a consentire l'espressione delle soggettività sociali a prescindere dall'esistenza di uno specifico fondamento normativo)¹. La domanda di partecipazione, peraltro, si indirizza sempre più nei confronti di quelle decisioni che, quand'anche de-

1 Non si può non convenire sulla circostanza che il riconoscimento fattuale della partecipazione vada di pari passo con il suo riconoscimento a livello normativo. Nel nostro ordinamento molti sono gli interventi normativi che riconoscono e garantiscono la partecipazione dei privati, in forma individuale o associata, ai procedimenti amministrativi. Non vi è soltanto la legge n. 241 del 1990, il cui capo II è dedicato alla partecipazione, ma anche interventi settoriali che ampliano il novero dei processi decisionali in cui viene garantita la partecipazione. Una tale tendenza non soltanto si registra a livello di legislazione nazionale, ma anche a livello di legislazione regionale e di Statuti degli enti locali. E soprattutto non riguarda soltanto il nostro sistema giuridico, ma anche quello di altri ordinamenti siano essi nazionali o sovranazionali.

stinate a risolversi attraverso l'adozione di un atto formalmente amministrativo, hanno un contenuto e una sostanza politico-amministrativa² quali sono, ad esempio, le decisioni che debbono essere adottate nella materia delle grandi opere pubbliche, della riqualificazione urbana, della tutela ambientale e della tutela della salute. La spinta dal basso che ha alimentato l'incremento del tasso di partecipazione ai processi decisionali pubblici è stata peraltro preparata e sostenuta anche dal contributo offerto dalla dottrina successivamente alla entrata in vigore della Costituzione, soprattutto partire dagli anni Sessanta del secolo scorso. Le vie praticate per fare uscire la partecipazione dalla situazione di minorità in cui essa era stata consegnata a partire dall'esperienza dello Stato unitario sono diverse³,

2 L'esistenza di atti amministrativi che hanno, come detto nel testo, un contenuto o una sostanza politica, è fenomeno ben noto allo studioso di diritto amministrativo. Sul quale non vale la pena indugiare se non per ricordare come lo stesso fenomeno della discrezionalità amministrativa veda un intreccio tra la dimensione politica e dimensione amministrativa, atteso che la discrezionalità è anche, seppure non solo, la progressiva traduzione dell'indirizzo politico in indirizzo amministrativo fino al suo farsi provvedimento amministrativo senza che si perda nulla della sostanza politica ma raggiungendo nel contempo l'obiettivo della sua traduzione in atti giuridici sindacabili dal giudice amministrativa a garanzia delle situazioni giuridiche dei destinatari (per quest'ordine di idee cfr. in particolare G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1969).

3 La minorità cui si fa riferimento nel testo è dipesa in primo luogo dal prevalere dell'ideologia liberale nel corso dell'Ottocento del secolo scorso, il cui modello teorico prevede la tendenziale separazione tra la società e lo Stato. La prima governata dal libero coordinarsi delle libertà che sono riconosciute ed in particolare delle libertà economiche. Il secondo governato dalle decisioni politiche assunte per il tramite della legge. In questo schema non vi era troppo spazio per predicare la necessità della partecipazione a livello di decisioni amministrative, perché la garanzia che i pubblici poteri non interferissero con le dinamiche presenti nella società e nel sistema economico era data dalla legge stessa che fissava i vincoli e le procedure cui l'azione amministrativa doveva attenersi. È ben vero che ai sensi dell'art. 3, comma 1, della legge per l'unificazione amministrativa del Regno l'amministrazione era tenuta ad acquisire "le osservazioni e deduzioni in iscritto" dei privati interessati prima di provvedere con decreto motivato in merito alle materie di sua competenza e che questa previsione poteva dare adito a pensare che in tal modo fosse garantita la partecipazione in tutti i procedimenti amministrativi. Tuttavia, non fu questa la soluzione che si impose a partire dalla stessa riflessione dottrinale. Cfr. in proposito V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *I Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, pp. 671 e ss. che dava per scontato che la previsione si riferisse unicamente ai procedimenti di secondo grado riguardanti i ricorsi amministrativi avversi atti già emanati (è di questo avviso F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 144, "... dagli scritti dell'epoca questa intenzione non appare troppo chiara, ché anzi sembra che il legislatore intendesse riferirsi solo al ricorso

tutte accomunate però dal comune riferimento al nuovo ordine costituzionale. E così si è potuto sostenere la sicura rilevanza dell'istituto della partecipazione nella stessa Costituzione ora valorizzando il combinato disposto di cui agli artt. 24, 97 e 113⁴ ora collegando la partecipazione direttamente al principio democratico e alla sovranità popolare con la conseguenza che la partecipazione è da considerare come fondamentale espressione della c.d. democrazia amministrativa⁵ ora proponendo una ricostruzione del ruolo della pubblica amministrazione vista non come (o non soltanto come) un potere derivante dallo Stato, ma innanzi tutto come una espressione della società stessa ossia un soggetto autonomo titolare di una libertà sociale -sia pure caratterizzata da una particolare doverosità- che interagisce con le altre libertà presenti nella società per la ricerca del bene comune⁶.

Ma vi sono come detto altri fenomeni che depongono per uno stato di salute eccellente della partecipazione. Quest'ultima, infatti, viene sempre più riguardata come uno strumento indispensabile a far fronte alla cosiddetta crisi della rappresentanza politica, con la conseguenza che essa è (o appare) destinata a svolgere quel ruolo di mediazione tra la domanda sociale e la sua traduzione in

gerarchico". Quando poi dall'esperienza dello Stato liberale si passa all'esperienza dello Stato totalitario lo spazio per predicare la partecipazione a livello amministrativo si riduce, per ovvie ragioni, ancora di più. È solo con lo Stato sociale che il tema della partecipazione torna in primo piano. Posto che quest'ultimo tipo di stato, a differenza dello Stato liberale di diritto, non si limita a registrare la realtà per come essa è e a garantire che l'ordine sociale si determini dal libero esplicarsi delle energie presenti nella società stessa, ma è portatore di un disegno o progetto di trasformazione sociale che vuole la progressiva inclusione di tutti nella complessiva organizzazione civile, politica e sociale (come recita l'art. 3, comma 2, Cost.), che la partecipazione in quanto strumento di progressiva integrazione della persona, acquista una centralità e rilevanza sconosciuta in altre forme di stato e di governo.

4 Cfr. per questa impostazione U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969.

5 Cfr. per questa impostazione *ex multis* U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, cui si può aggiungere dello stesso autore quantomeno il saggio *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, pp. 151-166, in cui si legge che la democrazia partecipativa è "un relazionamento della società con le istituzioni" che comporta "un intervento di espressioni dirette della prima nei processi di azione delle seconde".

6 È la ben nota tesi dell'amministrazione capovolta, che si deve a G. BERTI, di cui cfr. in particolare *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, Cedam, 1994, pp. 396-397

scelte politiche o politico-amministrative, che non è più efficacemente garantito né dal meccanismo della rappresentanza parlamentare né dai partiti politici, stante la loro crisi, che appare come una crisi sistemica dai tratti quasi irreversibili. In quest'ottica, dunque, la partecipazione assume una funzione centrale rispetto al funzionamento dello Stato democratico, ponendosi come momento di congiunzione tra la sua base sociale e la costituzione in senso formale ovvero come momento di intersezione tra il fatto e il diritto. Siamo dunque ben oltre la prospettiva ricostruttiva delineata dalla dottrina del secolo scorso, perché in questo modo la partecipazione si candida ad essere il vero strumento di legittimazione dell'esercizio del potere pubblico e segnatamente del potere amministrativo nell'ambito del sistema democratico⁷.

Un altro segnale dell'ottima salute di cui gode la partecipazione è il suo essere visto dalla dottrina e dalla giurisprudenza come uno strumento che può compensare quella che è definita come la crisi del principio di legalità. Ciò che si perde in termini di attenuazione della necessaria presupposizione legislativa, intesa sia nel senso della legalità formale sia nel senso della legalità sostanziale⁸, può essere compensato dalla garanzia della partecipazione riconosciuta nella massima misura possibile a prescindere cioè dai vincoli che sono eventualmente previsti a

7 Il nesso quasi inscindibile tra democrazia e partecipazione è riconosciuto, oltre che dai giuristi, anche dagli studiosi di scienza della politica. Cfr. ex multis D. DELLA PORTA, *Introduzione alla scienza politica*, Il Mulino, Bologna, 2002, in particolare p. 71 ss. Se peraltro si passano in rassegna solo alcune delle principali teorie sulla democrazia sino ad oggi formulate tale nesso trova evidente conferma. E così, solo per fare qualche esempio, si può ricordare come secondo R. DAHL (*Poliarchia. Partecipazione e opposizione*, trad. it., Franco Angeli, Milano, 1980) la caratteristica fondamentale della democrazia è la “capacità dei governi a soddisfare in misura continuativa le preferenze dei cittadini in un quadro di eguaglianza politica” e che a garanzia di ciò sta anche la necessaria possibilità del cittadino di esprimere le proprie preferenze di presentarle ai decisori politici mediante il ricorso ad un'azione individuale e collettiva (p. 27 ss.). Ribadisce il nesso tra democrazia e partecipazione M. COTTA, *Il concetto di partecipazione politica: linee di un inquadramento teorico*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 1979, pp. 193-227, il quale mostra come la partecipazione in quanto riappropriazione del potere da parte dei cittadini meglio caratterizzi la sostanza anche etimologica del termine democrazia.

8 Sulla presupposizione legislativa di cui si parla nel testo cfr. A. CARDONE, *La normalizzazione dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011.

livello legislativo con riferimento ai soggetti che la possono attivare⁹.

Se sulle tematiche indicate si tornerà nel prosieguo del lavoro, per il momento non si può non rimanere colpiti dalla parabola della partecipazione. Da istituto relegato ai margini del sistema giuridico ad elemento centrale per il buon funzionamento dello Stato e della sua forma di governo¹⁰.

Eppure, non è tutto oro quel che luce, perché sono comparsi all'orizzonte fenomeni che sembrano determinare un ridimensionamento del ruolo della partecipazione, sicché, come si dirà nella parte conclusiva del presente saggio l'isti-

⁹ Vi è infine un ulteriore tassello, che compone il quadro sull'eccellente stato di salute della partecipazione, ed è dato dal fatto che sempre più spesso la partecipazione fornisce la base per la costruzione di quelle che sono state definitive vere e proprie utopie giuridiche "imperfette", ossia fornisce la base per discorsi giuridici che prefigurano assetti dell'ordine sociale e politico che, pur non essendo attuali, lo possono potenzialmente diventare. Sebbene a prima vista non vi potrebbero essere ambiti di riflessione più distanti, perché il pensiero utopico mira ad elaborare modelli di società perfetta collocati in una dimensione atemporale e astorica, che non sono realizzabili né nell'immediato né in un futuro sia pure lontano, mentre il pensiero giuridico si occupa di un oggetto, il materiale normativo, che si colloca nel presente e che avanza una pretesa di influire sui comportamenti umani e di conformarli qui ed ora alle regole presenti in un dato sistema giuridico, non si può negare come le teorie utopiche abbiano sempre fornito materiali importanti per il cambiamento istituzionale e degli assetti sociali nonché per il trattamento dei dati di diritto positivo in una direzione che ne esaltasse i profili di innovatività piuttosto che quelli di conservazione dell'ordine esistente. Ed invero, a ben guardare, sia la progettazione del cambiamento istituzionale sia soprattutto l'interpretazione del quadro normativo rientrano a pieno titolo negli interessi del giurista e nel suo oggetto di riflessione e di ricerca. È sufficiente al riguardo ricordare come la Rivoluzione francese sia certamente debitrice del pensiero utopico che si sviluppa durante il secolo dei Lumi, come si riconosce in un significativo e recente saggio di un nostro storico del diritto (Cfr. M. FIORAVANTI, *Il <<felice naufragio>>. Diritto ed utopia tra illuminismo e rivoluzione*, in *Quaderni Fiorentini. Per la Storia del pensiero giuridico moderno*, 2024, 53, p. 59 ss.), e come la stessa Rivoluzione russa del 1917 possa essere vista come il tentativo di realizzare un modello utopico basato sulla liberazione della persona dal bisogno e sull'integrale uguaglianza fra gli esseri umani. Il fatto che dal tentativo di realizzare in concreto il modello utopico siano derivate ben presto vere e proprie distopie e dunque regimi politici dittatoriali e totalitari non sminuisce l'importanza del pensiero utopico. Proprio la partecipazione si è prestata ad offrire materiale per innestare discorsi utopici nella forma delle "utopie imperfette". Un testo esemplare che, secondo A. Romano Tassone, va in questa direzione è il volume di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994. In questa opera l'autore, constatata la crisi della democrazia rappresentativa, intesa come concreta usura nel mondo contemporaneo del rapporto di rappresentanza tra governanti e governati, passa a delineare il modello di democrazia evoluta che viene proposto per far fronte a tale crisi, modello, definito con il termine "demarchia". Tale modello si basa sulla libertà attiva dei cittadini. Libertà che presuppone la loro consapevole partecipazione ai processi decisionali delle istituzioni pubbliche e la fiducia reciproca che ciascun dei partecipanti, nell'esercizio della partecipazione stessa, si faccia

tuto della partecipazione non è privo di tensioni e movimenti contraddittori, che possono addirittura minare la sua pratica all'interno del sistema giuridico¹¹.

Prima di procedere oltre nell'analisi affrontando più nello specifico le questioni poste, sono opportune alcune precisazioni sull'oggetto della presente indagine. Se è indubbio che in generale il termine partecipazione si riferisca ad una attività, che è quella di prendere parte ad un qualcosa (oltre che all'essere parte di qualcosa), è però necessario ricordare come nell'ambito della riflessione giuridica si distingua tra la partecipazione in funzione di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, intercettate dall'esercizio del potere, la partecipazione in funzione collaborativa con i decisori pubblici, al fine di consentire l'assunzione della migliore decisione possibile, e la partecipazione che consente di innestare la

carico delle esigenze collettive, assumendo un atteggiamento non egoistico ma solidaristico. Sul lavoro di F. Benvenuti e più in generale sul tema delle "utopie imperfette" del giurista cfr. il magistrale saggio di A. ROMANO TASSONE, *Il <<Nuovo Cittadino>> di Feliciano Benvenuti tra diritto ed utopia*, originariamente pubblicato in *Dir. Amm.*, 2018, oggi ripubblicato in A. ROMANO TASSONE, *Scritti giuridici*, Vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, p. 1203 ss. Che la partecipazione si presti ad essere oggetto di discorsi utopici è riconosciuto anche nella letteratura politologica. Cfr. in proposito M. COTTA, *Il concetto di partecipazione politica ...*, cit. pp. 193-194, il quale osserva come non ci sia da stupirsi che nell'epoca della democrazia l'idea della partecipazione rappresenti una delle nuove frontiere del discorso utopico, in quanto la partecipazione è in grado di esprimere la riappropriazione del potere da parte dei cittadini. A rimarcare la centralità del tema del rapporto tra utopia e diritto può infine ricordarsi come intorno agli anni 2000 vi sia nella letteratura straniera, soprattutto nordamericana, un rinnovato interesse per il tema e come su di esso si sviluppi tra i giuristi un intenso dibattito. Cfr. in proposito S. ALMOG, A. REICHMAN, *On Law and Utopia: Rules Vs. Principles*, in *Utopian Studies*, 2003, Vol. 14, No. 1 (2003), pp. 143-148, secondo cui il dibattito in argomento può contribuire alla migliore comprensione del diritto, dell'utopia e delle loro relazioni ed interazioni.

10 Sulle difficoltà di riconoscere alla partecipazione il rango di istituto avente rilevanza e garanzia costituzionale e sul contributo della dottrina al fine del superamento di tali difficoltà cfr. L. BUFFONI, *Il rango costituzionale del giusto procedimento e l'archetipo del processo*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, pp. 277-301.

11 Gli elementi di contraddizione che avvolgono la partecipazione sono, sia pure da una prospettiva diversa da quella indicata nel testo, colti ed illustrati da T. BONETTI, *La partecipazione strumentale*, Bologna, Bologna University Press, 2022, il quale nell'introduzione della monografia dopo avere ricordato le posizioni di tre studiosi (G. Berti, M. Nigro, F. Benvenuti) tutte volte a rimarcare la centralità della partecipazione ed il suo essere un principio cardine del rapporto tra poteri pubblici e cittadini in un ordinamento democratico, riporta i passaggi di alcune recenti sentenze del giudice amministrativo che in un modo o nell'altro ridimensionano (cfr. pp. 7-8).

democrazia a livello di azione amministrativa. Sebbene vi siano diversità importanti anche a livello di disciplina giuridica tra le diverse forme di partecipazione, tuttavia gli indici rivelatori da cui sembra emergere un eccellente stato di salute della partecipazione stessa, cui si è in precedenza fatto riferimento, riguardano tutte le tipologie di partecipazione che sono state enucleate dalla dottrina. Quando si è accennato alla circostanza che la partecipazione è un istituto di democrazia amministrativa o che la stessa può essere un efficace antidoto sia alla crisi della rappresentanza politica sia alla crisi del principio di legalità o ancora che la partecipazione costituisce la base per la progressiva realizzazione di disegni utopici, ebbero nessuna delle forme di partecipazione può dirsi estranea alle predette circostanze. Quello che può variare è l'intensità del loro coinvolgimento. Il che giustifica che un discorso sullo stato di salute della partecipazione possa ben assumere come si farà nel presente lavoro, un carattere unitario.

2. I segnali di vitalità: dallo “Stato dei partiti” allo “Stato della partecipazione”

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione si è svolto un intenso dibattito tra gli studiosi di diritto pubblico sul partito, sul sistema dei partiti e sullo “Stato dei partiti”¹², intendendosi con tale ultima espressione quella forma democratica dello Stato in cui il rapporto tra società civile ed istituzioni pubbliche è determinato e garantito attraverso il sistema dei partiti¹³. Il che fa sorgere immediatamente una domanda: posto che la partecipazione viene sempre più spesso evocata co-

12 Sul dibattito cui si fa riferimento nel testo e sulle diverse posizioni espresse dalla dottrina italiana cfr. A. RIDOLA, *Partiti politici*, in *EdD*, Vol. XXXII, Milano, Giuffrè Lebfebvre, 1982, pp. 66-127.

13 La definizione di “Stato dei partiti” si trova nel saggio di A. NEGRI, *Lo Stato dei partiti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1964, pp. 1-60, poi ripubblicato in A. NEGRI, *La forma stato. Per una critica dell'economia politica della Costituzione*, Feltrinelli, Milano, 1977, pp. 111-149 (la definizione è alla p. 111 di tale volume e si precisa che d'ora in avanti le citazioni relative a tale saggio saranno fatte con riferimento al volume del 1977 in cui è stato ripubblicato). L'espressione ricorre spesso nel dibattito giuridico e non solo in quello italiano. Come ricorda P. RIDOLA, *Partiti politici*, cit., in particolare p. 93 ss., l'origine del sintagma è da ricercare nella crisi dello Stato liberale e nella nascita dei partiti di massa, fenomeno che si può collocare, nell'esperienza dei paesi europei, tra la fine dell'Ottocento e i primi anni del Novecento. La novità che il dibattito sullo “Stato dei partiti” coglie è data dalla circostanza che i partiti di massa sembrano avanzare una pretesa monopolistica nel tradurre gli interessi sociali in indirizzi politici da riversare poi nell'azione e nelle decisioni formali degli organi statali siano essi il Parlamento o il Governo.

me uno strumento in grado di fare fronte alla crisi della rappresentanza politica assicurata dai partiti, si potrebbe oggi affermare che lo “Stato dei partiti” è stato sostituito dallo “Stato della partecipazione”? Ovvero, per dirla in modo più chiaro, che siamo oggi in presenza di uno Stato in cui il rapporto tra società civile e pubblici poteri è determinato e garantito anche, se non addirittura in massima parte, attraverso un sistema di partecipazione dei cittadini singoli e associati alle decisioni pubbliche ed in particolare alle decisioni che hanno natura amministrativa ancorché una sostanza politico-amministrativa?

La questione è di un certo spessore teorico perché a seconda della risposta che ad essa si ritiene di dovere dare possono prodursi effetti significativi sulla forma di governo e sulla stessa forma di Stato.

Per procedere con ordine occorre in primo luogo individuare quali sono le caratteristiche essenziali di quello che è stato definito lo “Stato dei partiti”. I partiti moderni, ossia i c.d. partiti di massa, nascono per effetto del passaggio dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse, per usare la felice espressione di M. S. Giannini,¹⁴ e con lo scopo di creare un canale stabile ed organizzato in grado di convertire la domanda sociale in domanda politica¹⁵. È opportuno precisare che, quando si parla di domanda sociale, si intende fare riferimento agli interessi molto spesso confliggenti, di cui sono portatori le soggettività individuali e collettive presenti nella società e dunque l’accezione in cui il sintagma viene qui utilizzato è lontanissima da qualsiasi ipotesi di confuso organicismo comunitario. Del pari è opportuno precisare che, quando si parla di conversione della domanda sociale in domanda politica, si fa riferimento alla sua ritraduzione in programmi politici che aspirano ad essere riversati negli atti giuridici formali in cui si esprimono le scelte politiche di governo di una comunità politica.

14 Cfr. M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986.

15 Il fatto che i partiti politici moderni siano uno strumento importante per consentire a gruppi sociali sempre più vasti di essere immessi nel sistema politico e che in tale modo la domanda sociale possa trasformarsi in domanda politica e aspirare ad essere assunta nelle decisioni politiche delle istituzioni pubbliche è un fatto riconosciuto non solo nella letteratura giuridica, ma anche nella letteratura politologica e sociologica. Cfr. in proposito A. OPPO, *Partiti politici*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, Utet, edizione 2024, pp.685-691.

I partiti politici, dunque, nascono anche e soprattutto per garantire la rappresentanza degli interessi sociali e la loro mediazione ed integrazione nell'ambito del sistema politico prima e poi del sistema istituzionale ossia giuridico-formale. Proprio in ragione di tale ruolo essi hanno sempre avuto una duplice natura: attori che si muovono nel sistema sociale, per un verso, e, per altro verso, attori che si muovono nel sistema politico democratico, concorrendo alla formazione dell'indirizzo politico che anima e sorregge le scelte che vengono compiute a livello di istituzioni formali. Ed è proprio questa duplice natura del partito che ha sempre reso difficile la sua qualificazione dal punto di vista giuridico¹⁶, tanto è vero che alla loro definizione si perviene attraverso due negatività: il partito politico moderno in un sistema democratico non è né organo dello Stato né un soggetto riconducibile ad una dimensione puramente privatistica¹⁷. Se una definizione basata su due negatività non soddisfa forse le esigenze di certezza e di rigore proprie della riflessione scientifica, tuttavia essa ha costituito il punto di forza del partito che consentiva ad esso, per un verso, di non perdere il forte radicamento nella società e, per altro verso, di muoversi in stretto contatto e raccordo con le istituzioni formali.

Dalle considerazioni svolte si intravedono in modo abbastanza netto delle assonanze significative tra sistema dei partiti e sistema della partecipazione. Se la

16 Esempio della difficoltà di qualificare dal punto di vista giuridico i partiti è la monografia di P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1950, nella quale si distingue tra il partito come associazione, il partito come istituzione, il partito come elemento del sistema di governo e il partito come organo. La dottrina coeva, che critica una simile frammentazione della figura del partito, ritenendola per un verso troppo analitica e per altro verso non in grado di spiegare il fenomeno nell'ambito del diritto pubblico non può però fare a meno di attestarsi sulla distinzione tra partito come associazione e partito come organo. Sul punto cfr. R. POGGESCHI, *Sui partiti politici come associazioni*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 1952, pp. 536-541. Anche chi con decisione propende per la tesi dei partiti come organi dello Stato è poi costretto ad "ammorbidire" tali posizioni lavorando sul piano linguistico. Esempio in tal senso la ricostruzione di S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, 2 ed. rivista, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 178-180, dove si parla dei partiti in termini di organi ausiliari del governo).

17 Cfr. A. NEGRI, *Lo stato dei partiti*, cit., p. 128, dove si legge che "questa figura del partito (e del sistema dei partiti) che resta a mezzo tra associazione ed organo, tra società e Stato, è infatti tutt'altro che atta a soddisfare il gusto ed il bisogno giuridici di definizioni compiute, non ambigue e sfuggenti: Eppure è proprio in questa ambiguità che consiste la vita del partito. Le perplessità vanno quindi cancellate. Solo attraverso questa ambiguità si esercita infatti la funzione del partito e del sistema dei partiti, di meccanismo di integrazione della volontà popolare nel meccanismo dello Stato".

partecipazione degli attori sociali ai processi decisionali dei pubblici poteri, soprattutto quella che si esercita negli ambiti di materie indicati nel paragrafo precedente, viene sempre più considerata come uno strumento che consente di fare fronte alla crisi dei partiti politici nei sistemi democratici e alla loro capacità di rappresentanza della domanda sociale, ebbene gli attori della partecipazione soprattutto se collettivi assumono un ruolo non troppo dissimile da quello dei partiti ossia il ruolo di traduttori della domanda sociale in domanda politica ossia in domanda che chiede con forza di condizionare e penetrare nell'ambito delle decisioni formali assunte dai pubblici poteri.

Ma le assonanze non finiscono qui. Se da una prospettiva di analisi incentrata sulla natura e il ruolo dei partiti politici, si passa ad una prospettiva che guarda ai tratti qualificanti del sistema dei partiti si scoprono altri significativi punti di contatto. Quali siano i tratti caratteristici del suddetto sistema, individuati nell'ambito anche della riflessione giuridica, è presto detto. Il sistema dei partiti in un sistema democratico si basa su alcuni pochi principi indefettibili. In primo luogo la necessaria esistenza di una pluralità di partiti, tanti quanti sono quelli che nascono nel vivo della realtà sociale¹⁸. In secondo luogo la comune adesione al metodo democratico¹⁹. In terzo luogo la capacità di mediazione dei conflitti tra gli interessi sociali che viene fatta valere attraverso il metodo della processualità basato sul confronto, sulla discussione e sul dibattito²⁰.

18 Come è stato giustamente rilevato lo “... stesso concetto di partito presuppone ... la molteplicità di altre associazioni in modo analogo esercitanti una funzione di rappresentanza di interessi individuali e di gruppo” (così A. Negri, *Lo stato dei partiti*, cit., p. 121),.

19 Cfr. sul punto A. NEGRI, *Lo stato dei partiti*, cit., p.129-130 il quale ricorda come nel sistema dei partiti “... tutto è alla fin fine discutibile ...; tutto può essere gettato nel fuoco del conflitto sociale: tutto tranne però la fiducia in un comune metodo, e nei principi di questo metodo, tranne quella comune lealtà che, prolungandosi nel tempo, costituisce la base del sistema”.

20 Il metodo della processualità, che si rinnova incessantemente al fine di raggiungere sempre nuovi punti di mediazione, non riguarda soltanto il funzionamento del sistema dei partiti, ma può essere elevato a principio che deve caratterizzare anche l'azione dei pubblici poteri ed in specie delle pubbliche amministrazioni, come sottolineato, ad esempio, da G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 800 ss. Sulla questione della processualità nel senso indicato da G. Berti, la monografia più approfondita ed impegnata, nell'ambito degli studi amministrativistici, rimane quella di M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo. Parte prima. Contenuto e struttura*, Padova Cedam, 2012. Non si può infine non sottolineare come la processualità, intesa come

Se queste sono le caratteristiche proprie del sistema dei partiti esiste una stretta parentela tra questo sistema e quello della partecipazione ai processi decisionali dei pubblici poteri specie allorquando con essi si adottano scelte aventi una sostanza politico-amministrativa. Così come è stato difficile qualificare la natura giuridica dei partiti, che ha sempre oscillato tra i due poli della società e dello Stato (ora soggetti privati, ora organi dello Stato, ora ne l'una né l'altra cosa), altrettanto è a dirsi per gli attori collettivi della partecipazione che non sembrano riconducibile né in una dimensione puramente privata né in una dimensione pubblicistica. Così come i partiti politici concorrono alla formazione dell'indirizzo politico altrettanto è a dirsi oggi per gli attori collettivi della partecipazione. Così come il sistema dei partiti è necessariamente pluralista, altrettanto è a dirsi per il sistema della partecipazione. Così come il sistema dei partiti realizza il processo di integrazione/mediazione tra la domanda sociale e la domanda politica attraverso il metodo della incessante processualità, altrettanto è a dirsi per il sistema della partecipazione.

Per tornare dunque alla domanda posta all'inizio di questo paragrafo ben si può affermare che dallo "Stato dei partiti", che si è imposto nella seconda metà del Novecento del secolo scorso, si sia passati ad uno "Stato della partecipazione", in cui il rapporto tra la società e le istituzioni pubbliche non è affidato unicamente al sistema dei partiti, ma si basa anche e soprattutto sulla partecipazione degli attori, in particolare collettivi, ai processi decisionali pubblici.

Naturalmente questo passaggio, di cui occorre essere consapevoli soprattutto nella riflessione giuridica, apre nuovi scenari d'analisi e nuovi problemi. Non soltanto deve indurre a chiedersi se e quali effetti esso determini sulla forma di Governo e sulla stessa forma di Stato, rilanciando il problema del rapporto tra Costituzione formale e Costituzione materiale, ma pone anche la questione se e in che misura sia necessario un qualche intervento a livello legislativo che definisca sia pure per principi generali un vero e proprio statuto giuridico della partecipazione ai processi decisionali pubblici da parte degli attori collettivi, non potendo a tal fine bastare le normative di settore che disciplina il fenomeno.

momento di ricomposizione del conflitto tra gli interessi attraverso la mediazione, sia una caratteristica dello stesso Stato democratico di diritto, perché nessuna democrazia e nessun ordinamento democratico può farne completamente a meno.

Il problema dello statuto giuridico si pone con una certa urgenza, se si considera anche il fatto che la partecipazione collettiva può avvenire sia attraverso i c.d. gruppi di pressione sia attraverso i movimenti sociali che si formano di volta in volta nella società. Questi due soggetti presentano, come è ben noto alla riflessione politologica, profonde diversità. I gruppi di pressione sono soggetti stabili e organizzati, dotati di adeguate risorse conoscitive ed economiche, in grado di incidere -attraverso la partecipazione- in modo efficace sui processi decisionali; i movimenti sociali sono meno organizzati (tant'è che si parla di loro in termini di organizzazioni informali), dispongono di minori risorse conoscitive ed economiche (ancorché possano avere una capacità di mobilitazione maggiore) e proprio in ragione di ciò la loro azione può risultare meno efficace rispetto alle scelte dei decisori pubblici²¹.

Vi è dunque un'evidente asimmetria tra i due tipi di soggettività collettive, che pone un rilevante problema in primo luogo sul versante dell'uguaglianza, al quale uno statuto giuridico della partecipazione degli attori collettivi ai procedimenti decisionali pubblici, specie con riferimento a quelli destinati ad assumere decisioni che hanno natura politico-amministrativa, deve necessariamente fare fronte attraverso ad esempio la previsione di meccanismi che possano riequilibrare il rapporto tra gruppi di pressione e movimenti sociali²². Si tratta di una problematica che per il momento non ha attratto la riflessione giuridica, che si è il più delle volte limitata ad esprimere un giudizio positivo sulla diffusione dell'azione collettiva volta a partecipare ai processi decisionali pubblici, sottolineandone la sua rilevanza nella Costituzione, grazie al riferimento alle formazioni sociali e alle garanzie ivi previste. Ma è evidente come, se si affida alla partecipazione, come viene predicato dalla dottrina, il compito di fare fronte alla crisi della rappresentanza del sistema dei partiti, il problema delle asimmetrie tra gli attori collettivi ed

21 Sui diversi caratteri dei gruppi di pressione e dei movimenti sociali cfr. D. DELLA PORTA, *Introduzione ...*, cit., pp. 95-122.

22 L'asimmetria tra gruppi di pressione e movimenti sociali è analizzata e riconosciuta dai politologi. Cfr. in proposito V.O. KEY, *Politics, Parties, and Pressure Groups*, New York, Crowell, 1964, secondo cui, sebbene l'antagonismo tra i vari attori collettivi possa essere un fattore di riequilibrio delle disuguaglianze, tuttavia in molte circostanze esso non è particolarmente efficace, perché gruppi ben disciplinati e ampiamente dotati di risorse necessarie spesso non sono contrastati da organizzazioni di eguale forza (p. 150).

in particolare tra i gruppi di pressione e i movimenti sociali non può essere eluso ma deve essere affrontato individuando i necessari fattori di riequilibrio, perché come è stato ricordato “*il coro pluralista ... canta con un forte accento delle classi alte*”²³.

3. I segnali di vitalità: la partecipazione come fattore di legittimazione dell'esercizio del potere amministrativo e come risposta alla crisi del principio di legalità

Mettere in connessione il principio di legalità dell'azione amministrativa con lo stato di salute eccellente della partecipazione è operazione che trova una sua esplicita ragion d'essere. Come è noto il principio di legalità sembra conoscere una crisi che viene concordemente riconosciuta dalla dottrina pubblicistica, sia sul versante degli studi di diritto costituzionale sia sul versante degli studi di diritto amministrativo. La crisi nasce dall'osservazione tanto delle scelte legislative quanto degli orientamenti giurisprudenziali. Non si tratta peraltro di una crisi che si origina dal fatto che determinati poteri e atti, attivabili in situazioni di emergenza, sembrano sfuggire al principio di legalità. Tale problematica è infatti ben nota e studiata sin dalla nascita dello Stato di diritto nel corso dell'Ottocento ed ha impegnato la dottrina in uno sforzo imponente volto a riportare i poteri e le ordinanze c.d. extra-ordinem nell'alveo della legalità, in particolare dopo l'entrata in vigore della Costituzione nell'alveo della legalità costituzionale²⁴.

23 Cfr. E.E. SHATTSCHNEIDER, *The Semi-Sovereign People. A Realist's View of Democracy in America*, New York, Holt, Rinehart & Winston, p. 60.

24 Sulla questione dei poteri extra-ordinem e delle ordinanze contingibili e urgenti la bibliografia è sterminata. In questa sede per un verso può essere utile richiamare quelle posizioni che in modo più o meno drastico negano la compatibilità del potere di ordinanza extra-ordinem con l'ordine costituzionale. La ragione di tale incompatibilità è stata rinvenuta nel fatto che nella nostra Costituzione l'unico caso che disciplina situazioni di emergenza e necessità si trova nell'art. 77, che attribuisce al Governo la possibilità di adottare decreti-legge. Da ciò la conseguenza che una norma di legge, che conferisca il potere d'ordinanza contingibile ed urgente al di fuori dello schema di cui al predetto art. 77 Cost. risulterebbe in evidente contrasto proprio con tale disposizione (per questa posizione cfr. in primo luogo C. Esposito, Decreto-legge, in EdD, vol. XI, Milano, Giuffrè, p. 831 ss. ed in particolare pp. 866-867; la tesi è stata poi ripresa anche in tempi più recenti da G. U. Rescigno, *Sviluppi e problemi nuovo in materia di ordinanze di necessità ed urgenza e altre questioni in materia di protezione civile alla luce della sentenza n. 127 del 1995 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1995, pp. 2189-2190, il quale, commentando la legge n. 225/1992 sulla protezione civile, individua diverse ragioni di incostituzionalità tra le

Si tratta invece di una crisi dello stesso modello teorico del principio di legalità assunto come principio generale regolativo dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione. Ebbene, di fronte a questa crisi, la partecipazione viene sempre più spesso evocata ed invocata per compensare tale crisi al fine di non disperdere le garanzie per i privati che il menzionato principio assicura.

Mai, dunque, come in questo momento storico il nesso tra legalità e partecipazione è così stretto da giustificare che su di esso sia necessario concentrare l'attenzione con l'obiettivo di verificare se l'utilizzo della partecipazione come fat-

quali le più significative sono il fatto che la competenza del Consiglio dei ministri sia limitata alla dichiarazione dello stato di emergenza con conferimento del potere di adottare le ordinanze contingibili ed urgenti ad altre autorità amministrative; il fatto che le ordinanze in quanto tali non sono soggette al controllo di costituzionalità; il fatto che il Parlamento non ha alcuna possibilità di intervenire nelle decisioni sull'emergenza?; la tesi dell'incostituzionalità è stata infine di recente rilanciata da G. Marazzita, *L'emergenza costituzionale. Definizioni e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003 con argomentazioni che riprendono e sviluppano con accenti di novità la posizione di C. Esposito. Per altro verso è opportuno ricordare come pur riconoscendo il potenziale eversivo dell'ordine costituzione dei poteri contingibili ed urgenti, la dottrina maggioritaria è però orientata nel senso di ritenere compatibile tale potere con il quadro costituzionale, in linea di continuità con la storia del dibattito sulle ordinanze di necessità che è, pur nel variare delle epoche, una storia di progressiva normalizzazione del relativo potere, dove per normalizzazione si deve intendere la riconduzione o l'invalveamento di tale potere dentro il sistema giuridico e, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, dentro l'ordine costituzionale. In proposito cfr. A Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza ...*, cit.. Al fine di raggiungere questo obiettivo, i passaggi del percorso argomentativo della dottrina possono essere così sintetizzati: i) si esclude che dall'esistenza di una disciplina specifica relativa alla necessità ed urgenza, quale quella contenuta nell'art. 77 Cost. e dal silenzio serbato dai costituenti su altre ipotesi, si possa automaticamente far discendere che siano da ritenere incostituzionali le leggi che si pongono fuori dallo schema del suddetto articolo ed in particolare quelle che riconoscono il potere di ordinanza extra-ordinem in casi di emergenza o di necessità ad organi diversi dal Governo; ii) si passa poi a sostenere che il potere contingibile ed urgente sia pienamente riconducibile all'ordine costituzionale in quanto potere conservativo ossia potere che può essere e deve essere speso proprio al fine di conservare la stabilità della Costituzione di fronte a situazioni di emergenza o di necessità; iii) si conclude nel senso che non è dunque la necessità in quanto tale a porsi come fatto nomo-poietico, essendo tale circostanza un mero presupposto, quanto l'esistenza di un principio nella Costituzione che legittima la possibilità di adottare atti che possono sospendere la legislazione vigente. Combinando il principio in questione con la attitudine precettiva della Costituzione a porsi come fattore diretto di disciplina della realtà materiale, vengono individuati alcuni limiti al conferimento del potere extra-ordinem desumibili dalla stessa Costituzione: se tale potere serve a conservare l'ordine costituzionale, allora non ogni situazione di emergenza ne giustifica di per sé l'attivazione, perché occorre che tale potere sia utilizzato unicamente per perseguire fini che comunque siano previsti in Costituzione e nelle materie cui questi fini si riferiscono. Ne deriva

tore di compensazione della crisi del principio di legalità sia davvero idonea al raggiungimento dell'obiettivo.

La crisi del principio di legalità è una questione al contempo complessa ed estremamente rilevante. È complessa perché sulla portata del principio di legalità dell'azione amministrativa è in corso, perlomeno da un trentennio a questa parte, un'importante opera di ridefinizione²⁵. È estremamente rilevante perché, a prescindere dalla suddetta ridefinizione, il principio di legalità è nel contempo: (i) principio che legittima l'esercizio del potere da parte della pubblica amministra-

dunque che la decisione politica di attivare la sospensione dell'ordine costituzionale delle fonti e di consentire deroghe alla stessa legislazione vigente attraverso atti amministrativi sino a limitare la libertà e l'autonomia dei consociati deve essere preceduta da una attenta e articolata operazione di ermeneutica costituzionale. Come è stato efficacemente detto "l'emergenza è la dimensione costituzionale intrinseca, implicita e latente di ogni ordinamento che non voglia rinunciare alla <<giuridicizzazione>> degli strumenti della propria conservazione", sicché "il fondamento costituzionale del potere di ordinanza sta "dunque nel complessivo significato che il contesto emergenziale fa assumere alle norme costituzionale sul sistema delle fonti, a quelle sui diritti e le libertà fondamentali ed a quelle sulle forme di autonomia territoriale, perché e dalla interpretazione delle une in relazione alle altre, che si ricavano le condizioni nel rispetto delle quali quelle stesse norme tollerano di vedere costretta la propria ordinaria capacità regolativa della realtà sostanziale" (così A. Cardone, *La normalizzazione dell'emergenza...*, cit., pp. 364-365)

25 Nell'ambito degli studiosi di diritto amministrativo si può rinviare sin d'ora sul tema della crisi del principio di legalità a F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007; G. Corso, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3 ss., cui *adde* il volume *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 2007)*, Milano, Giuffrè, 2008, con molti e rilevanti contributi, su alcuni dei quali (pubblicati anche su rivista) ci si soffermerà nel prosieguo. Dedicando ampio spazio alla crisi del principio di legalità con argomentazioni molto approfondite su tale crisi M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 371 ss. Peraltro, come ricorda l'autore, la questione era già stata segnalata molti anni prima da S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 698-699. Sulla crisi del principio di legalità cfr. anche le considerazioni di B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 1-28, secondo cui "Il complicarsi del sistema delle fonti e la crescente giurisprudenzializzazione degli ordinamenti invitano a sostituire il modello semplicistico della legalità con un più vasto e comprensivo «rispetto del diritto». Che sia venuto il momento di rinunciare al principio di legalità? O meglio, consapevoli che, per garantire i diritti, quel principio, proprio perché scavato nel solco illuministico-rivoluzionario per il quale «la libertà... a pour sauvegarde la loi», ha sempre parlato il «linguaggio del potere», non dovremmo iniziare a prendere atto che i valori garantistici che racchiude al suo interno sono sempre più diafani e meno appaganti?" (p. 27).

zione; (ii) principio che opera in funzione di contenimento del potere grazie alla predeterminazione di vincoli procedurali e sostanziali fissati dalla fonte legislativa; (iii) principio che consente di tutelare il privato nei confronti di ogni tentazione di uso arbitrario del potere (sempre in agguato ogni qual volta si è in presenza di tale fenomeno) ovvero di illegittimo esercizio dello stesso²⁶. Sicché è proprio grazie ad esso che si è potuto costruire un ordinamento giuridico in cui il potere, da attributo intrinseco alla figura del suo titolare (prima dello stato di diritto il monarca), si è trasformato in uno strumento volto alla realizzazione dell'interesse pubblico che può convivere, grazie al *medium* costituito dalla legge, con la garanzia delle libertà e dei diritti che sono riconosciuti ai privati²⁷.

26 Sul principio di legalità in generale, ma anche su principio di legalità riferito alla pubblica amministrazione, la bibliografia è sterminata. Dare indicazioni bibliografiche esaustive è impossibile. Si possono solo richiamare, in aggiunta ai singoli contributi, che sono stati indicati nelle note precedenti o che verranno indicati in quelle successive, le posizioni elaborate sugli aspetti che più coinvolgono il rapporto tra principio di legalità e ordinamento giuridico democratico. In proposito si può dire che, mentre vi è un consenso quasi unanime in dottrina sullo stretto rapporto che intercorre tra stato di diritto e principio di legalità, più variegata sono le posizioni sul fondamento (costituzionale) del principio che viene ravvisato ora nel principio democratico (cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001), ora nel principio di sovranità popolare (cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982), ora nel principio di uguaglianza (cfr. L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Padova, Cedam, 1965), ora nel principio della divisione dei poteri (cfr. G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, p. 259). Talvolta, soprattutto tra gli studiosi di diritto amministrativo, si è sostenuto che il principio in questione sia immanente al sistema giuridico (così ad esempio, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, Vol. I, p. 86). Con riferimento specifico al sistema amministrativo il punto più controverso è sempre stato quello di capire se il principio di legalità riguardi soltanto l'attività autoritativa della p.a. o anche l'attività di diritto privato. Questione non certamente di poco conto, atteso che dalla risposta che si fornisce discendono conseguenze pratiche assai rilevanti. Su quest'ultimo aspetto cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità ...*, cit., p. 19 ss.

27 Il principio di legalità ha certamente svolto il ruolo che si è indicato nel testo. Tuttavia, va pure segnalato come talvolta la dottrina ricordi che ai pregi e le virtù si affianchi un suo "volto oscuro" che ha condotto il principio stesso a legittimare regimi autoritari che si sono resi responsabili di tragiche esperienze storiche. In questo senso cfr. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., il quale ricorda come il "volto oscuro della legalità ... si manifesta in tutta la sua tragica evidenza con i regimi totalitari del primo Novecento ... Legalità e autorità, che illuminismo e liberalismo avevano collocato su due sponde opposte (la legalità, associata a libertà e razionalità, era concepita come lo scudo dietro cui difendere i diritti individuali dagli attacchi dell'auctoritas statale), vengono ora conciliate, anzi ... l'una appare addirittura come il fondamento dell'altra" (p. 384). È

Non è il caso, peraltro, di indugiare oltre sulla rilevanza del principio di legalità perché quelle ricordate possono essere considerate patrimonio acquisito della riflessione giuridica.

Molto più proficuo è concentrare l'attenzione sulla questione della sua crisi, domandandoci in che cosa consista tale crisi. Il che impone di partire dalla definizione, per così dire, "classica" del principio di legalità (che è anche una definizione "forte") ossia quella che lo connota nei termini di un principio in virtù del quale nessun potere può essere esercitato dalla pubblica amministrazione se non vi è una norma di legge che espressamente lo attribuisca, che individui l'organo competente ad esercitarlo, che indichi l'interesse pubblico, cui il potere stesso deve essere finalizzato, e che definisca le condizioni formali e i presupposti sostanziali del suo esercizio (tali ultimi presupposti fissati in modo più o meno preciso a seconda del tipo di potere, discrezionale o vincolato, che si intende conferire)²⁸.

giusto naturalmente mettere in evidenza simili rischi, purché si sottolinei però che la deriva in cui è stato trascinato il principio di legalità, nasce quando, come ricorda giustamente l'autore citato, si compie una operazione concettuale di *reductio ad unitatem* del principio di legalità e del principio di autorità, la quale non può che generare una sorta di perverso principio di infallibilità del pubblico potere. Il punto allora è tenere separato i due principi e dunque rimarcare con forza che il principio di legalità legittima l'esercizio del potere solo nella misura in cui lo limita e lo circoscrive.

28 Si è definito "forte" il significato del principio di legalità indicato nel testo in quanto la sua portata non si esaurisce nell'esercizio di un potere che culmina con l'adozione di un atto amministrativo non in contrasto con la legge (legalità come compatibilità) e non si esaurisce neanche nella circostanza che il potere, che si pretende di esercitare, deve essere attribuito dalla legge e dunque positivamente fondato su essa (legalità come autorizzazione), ma richiede che l'esercizio del potere amministrativo rispetti la forma prescritta, che l'atto che ne scaturisce rispetti il contenuto predeterminato, in modo più o meno preciso, dalla legge e che sia finalizzato alla cura dell'interesse pubblico. Nel corso della storia del principio di legalità, che si sviluppa, perlomeno nell'ambito della tradizione giuridica continentale, a partire dall'Ottocento, si assiste ad un progressivo incremento della "forza" del principio di legalità. Se esso viene originariamente sviluppato nel primo dei significati prima indicati, ossia come legalità compatibilità, le teorizzazioni successive ne accrescono progressivamente la portata sino a giungere alla nozione più ampia di cui si è detto. Su questi passaggi cfr. in particolare L. Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966, p. 113 ss. È peraltro da segnalare come non tutta la dottrina amministrativistica abbia concordato e concordi su questo significato del principio di legalità. Ad esempio, F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, sostiene che tale principio abbia una portata limitata ai soli settori coperti da riserva di legge, mentre al di fuori di tale ipotesi sarebbe sufficiente la predeterminazione da parte della pubblica amministrazione dei criteri cui si atterrà nell'esercizio del potere. Sulla questione del rapporto tra principio di legalità e predeterminazione dei criteri da

È infatti proprio questa concezione del principio di legalità dell'agire amministrativo che sembra entrata in crisi ed è ad essa che si contrappongono ricostruzioni diverse che rendono meno stringenti i vincoli prima ricordati.

Premettendo che principio di legalità è espressione che comprende non soltanto il riferimento alla legalità amministrativa (ma anche e quantomeno il riferimento alla legalità costituzionale, alla legalità penale, alla legalità eurounitaria e alla legalità internazionale)²⁹ e che di una sua crisi si debba parlare dunque in termini generali, non è difficile cogliere, se si guarda allo stato dell'arte, un dato indiscutibile, ossia che il principio di legalità dell'azione amministrativa è stato oggetto di parziale rimodulazione in tutti gli aspetti salienti su cui si è edificata la costruzione teorica del suo significato in senso "forte".

Ed infatti oggi a contare molto è soprattutto il fatto che il potere risulti correttamente finalizzato a raggiungere l'obiettivo, ossia la cura dell'interesse pubblico, mentre a contare meno è il fatto che il potere sia espressamente conferito dalla legge o che i presupposti sostanziali per il suo esercizio siano, ancorché in termini solo generali, predeterminati dalla legge stessa³⁰, sicché è da ritenere ammissibile l'esercizio di poteri da parte della pubblica amministrazione non espressamente attribuiti dalla legge, ma necessari alla cura dell'interesse pubblico a condizione che essi risultino ricavabili dal potere espressamente attribuito dalla norma ovvero, nell'impossibilità di condurre una tale operazione ermeneutica, a condizione che risultino compatibili con il complesso delle disposizioni normative che regolano un certo settore, con l'ulteriore precisazione che tale giudizio di compatibilità va effettuato sulla base di un'interpretazione non letterale, bensì teleologica e sistematica della normativa presa a riferimento.

La prima conseguenza che ne è scaturita è stata quella di legittimare, in modo più forte e più pieno di quanto non sia avvenuto in passato, l'esercizio da parte della pubblica amministrazione dei c.d. poteri impliciti. Se non si può dire

parte della pubblica amministrazione cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997.

29 Le differenti declinazioni del principio di legalità e la crisi di cui tutte sono investite è questione trattata in modo approfondito da M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., in particolare p. 410 ss.

30 Per una ricostruzione esaustiva della nuova "legalità" si può senz'altro rinviare a M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., dove vi sono anche ampie ed esaustive indicazioni bibliografiche.

che tali poteri non fossero ammessi, già nel passato, soprattutto dalla giurisprudenza³¹, è però da ricordare come il giudizio di ammissibilità nasceva il più delle volte attraverso una operazione ermeneutica che ricavava il potere implicito da quello esplicito. Oggi la torsione finalistica che il principio di legalità ha ricevuto è tale da prescindere da un tale *modus operandi*. Non è dunque un caso che si sia registrato negli ultimi vent'anni un forte interesse sul tema da parte della dottrina^{32 33}.

Alla luce delle considerazioni svolte, ben si comprende come la dottrina abbia potuto sostenere che la crisi del principio non discenda tanto, o soltanto, dalla divaricazione tra il modello teorico e la prassi, ma investa lo stesso modello e la sua capacità esplicativa³⁴ con la conseguenza che esso deve essere sostituito da un altro modello in cui a venire in rilievo è quella che è stata icasticamente definita la

31 Sul punto cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 703 ss.

32 Il rinnovato interesse sul tema dei poteri amministrativi impliciti si è tradotto in lavori monografici e saggi di grande impegno e spessore teorico. Cfr. in particolare N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità...*, cit. Di recente l'argomento è stato affrontato, sia pure nella prospettiva dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti, ma con una ricostruzione che ha un respiro più generale, da M. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

33 Una seconda conseguenza che potrebbe discendere dalla rivisitazione del significato del principio di legalità è quella di ritenere pienamente conformi a tale principio leggi che attribuiscono poteri amministrativi senza specificare, neanche per grandi linee, i presupposti per l'esercizio degli stessi. Il potere a questo punto sarebbe disciplinato essenzialmente dal vincolo derivante dall'interesse pubblico attribuito in cura e dall'applicazione dei principi generali che disciplinano l'azione amministrativa nonché dagli eventuali criteri predeterminati dalla stessa autorità. Per un esempio di attribuzione di potere senza indicazione dei presupposti sostanziali per il suo esercizio cfr. l'art. 42 del D. Lgs. n. 270/1999 sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi ai sensi del quale "Sono soggetti ad autorizzazione del Ministero dell'industria, sentito il comitato di sorveglianza: a) gli atti di alienazione e di affitto di aziende e di rami di aziende; b) gli atti di alienazione e di locazione di beni immobili e di costituzione di diritti reali sui medesimi, gli atti di alienazione di beni mobili in blocco, di costituzione di pegno e le transazioni, se di valore indeterminato o superiore a euro 206.582 (lire quattrocento milioni)".

34 In questo senso M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., in particolare p. 373. L'uso metaforico dell'aggettivo "paratattico" rinvia alla "paratassi", ossia ad un collegamento sintattico tra due o più proposizioni all'interno di un periodo mediante giustapposizione o coordinazione e non mediante subordinazione. La paratassi è propria del discorso immediato e veloce e si contrappone all'ipotassi che è propria del discorso più complesso. Il principio di legalità paratattico ben evoca dunque una semplificazione dei suoi elementi costitutivi.

legalità teleologica, progettuale e paratattica³⁵.

Si può essere d'accordo o meno con i più recenti orientamenti in tema di principio di legalità dell'azione amministrativa³⁶, però un dato emerge con certezza, ossia che la crisi del principio di legalità ha fatto breccia anche nella giurisprudenza il cui orientamento conferma la centralità del profilo finalistico e la dequotazione di altri aspetti prima ritenuti salienti.

Senza necessità di dilungarsi in un'analisi puntuale di tale giurisprudenza, si può ricordare come vi sia ormai un orientamento al riguardo che può dirsi consolidato e che si basa su alcune sentenze sopraggiunte nel corso degli ultimi vent'anni relative a casi in cui si discuteva della legittimità di provvedimenti adottati dalle c.d. autorità amministrative indipendenti.

Già nel 2004 il Consiglio di Stato aveva infatti riconosciuto la possibilità per l'allora Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (oggi ANAC) di esercitare il potere di annullamento di un'attestazione rilasciata da una SOA autorizzata, pur in assenza di una norma attributiva di tale potere. L'argomentazione allora spesa dal giudice poggiava sulla circostanza che dal complesso dei poteri espressamente attribuiti all' Autorità, si poteva ricavare un potere strumentale di intervento diretto sulle attestazioni SOA in assenza del quale si sarebbe vanificato il raggiungimento degli scopi che il legislatore si era prefissato³⁷.

Questa linea di tendenza prosegue nel 2025 allorquando in relazione ad un caso molto noto, in cui ad essere contestata era una delibera dell'(allora) Autorità

35 Cfr. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, cit., secondo cui nell'evoluzione del principio di legalità si può leggere "... il passaggio da una legalità corrispondentista, esecutiva e ipotattica a una nuova legalità teleologica, progettuale e paratattica" (p. 424).

36 Per una posizione che tenta di rafforzare l'operatività del principio di legalità attraverso una ricostruzione che lega strettamente l'esercizio del potere amministrativo con la tutela dei diritti fondamentali cfr. L. Perfetti, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2017, p. 3-43.

37 Cfr. Cons. St., Sez. VI, sentenza 2 marzo 2004, n. 991, secondo cui "è evidente che il dato normativo non può essere interpretato secondo una chiave puramente letterale ... Va invece interpretato in chiave logica e sistematica, che garantisca un significato utile delle norme e il raggiungimento degli scopi che il legislatore si è prefisso, vale a dire la creazione di un sistema efficiente ed efficace di qualificazione. Non è inutile osservare che ... l'interpretazione logica e sistematica ha anche il conforto del dato normativo letterale, purché' attentamente ricostruito ..." sicché dal complesso "di poteri attribuiti all'Autorità si evince anche quello, strettamente strumentale, di intervento diretto sulle attestazioni, mediante annullamento delle stesse".

per l'Energia Elettrica ed il Gas (oggi ARERA), di cui si asseriva l'illegittimità perché adottata senza una chiara prescrizione normativa attributiva del potere esercitato, il giudice amministrativo, pur riconoscendo l'insussistenza di una norma esplicita che in tal senso disponesse, ha statuito la piena legittimità della delibera medesima in quanto con il potere esercitato l'Autorità stava perseguendo una finalità chiaramente indicata dalla legge³⁸.

A distanza di venti anni il giudice amministrativo, affrontando questa volta un caso che riguardava una delibera della Consob, torna sulla questione, affermando che il principio di legalità, nella sua accezione "forte", "*possa subire adattamenti nella fase applicativa, riconoscendo l'ammissibilità della categoria dei poteri impliciti*", ossia di poteri "*che non sono espressamente contemplati nella legge ma che si desumono, all'esito di una interpretazione sistematica, dal complesso della disciplina della materia*" e che la perdita in termini di legalità sostanziale debba e possa proficuamente essere compensata dal rafforzamento della legalità procedimentale ed in particolare del principio di partecipazione³⁹.

Nel mezzo dell'arco temporale che va dal 2004 al 2020 si collocano, come detto, altre sentenze che più o meno si muovono nella stessa logica⁴⁰.

Dal panorama giurisprudenziale trova dunque conferma il fatto che la giurisprudenza è concorde sulla necessità di una ridefinizione del contenuto e della portata del principio di legalità. Semmai aggiunge un ulteriore tassello, che giustifica tale operazione, sottolineando talvolta come in determinate materie l'azione amministrativa (soprattutto quella di regolazione dei mercati svolta dalle cosiddette Autorità amministrative indipendenti) si estrinsechi attraverso l'adozione di prescrizioni che hanno un contenuto tecnico e che devono essere costantemente adeguate, donde l'impossibilità di una previsione legislativa *ex ante* che possa, da un lato, definire i presupposti sostanziali dell'esercizio dei poteri e, dall'altro, ti-

38 Cfr. Cons. St., Sez. V, sentenza 17 ottobre 2005, n. 5827.

39 Così Cons. St., Sez. VI, sentenza 14 dicembre 2020, n. 7972. Sullo specifico profilo del rafforzamento della garanzia della partecipazione cfr. Cons. St., Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 879; Cons. St., Sez. VI, sentenza 24 maggio 2016, n. 2182; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., Sez. VI, sentenza 2 maggio 2012, n. 2521; Cons. St., Sez. VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972.

40 *Ex multis* cfr. in particolare Cons. St., Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 879; Cons. St., Sez. IV, sentenza 15 luglio 2019, n. 4993; Cons. St., Sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532; Cons. St., Sez. VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972.

pizzare i medesimi.

Dunque, secondo la giurisprudenza, ci troveremmo di fronte ad una impossibilità di rispettare il principio di legalità in senso “forte” che deriva dal combinarsi di due fattori: per un verso vi è la ricordata impossibilità “tecnica”, che giustifica la scelta del legislatore di adottare “leggi-programma” per usare la terminologia dei giudici; per altro verso vi è comunque la necessità di garantire la cura dell’interesse pubblico affidato all’Autorità amministrativa indipendente⁴¹.

⁴¹ Cfr. ad esempio Cons. St., Sez. VI, sentenza 20 marzo 2015, n. 1532, secondo cui “Come è noto, il principio di legalità impone non solo la indicazione dello scopo che l’Autorità amministrativa deve perseguire ma anche la predeterminazione, in funzione di garanzia, del contenuto e delle condizioni dell’esercizio dell’attività ... Nel caso degli atti di regolazione adottati dalle Autorità amministrative di settore (quali quelli della cui legittimità qui si discute) la legge, tuttavia, normalmente non indica nei dettagli il relativo contenuto, né descrive in modo prescrittivo le condizioni e i limiti di esercizio della relativa attività. La parziale deroga al principio di legalità in senso sostanziale (che si estrinseca, in particolare, attraverso la tipica forma di esercizio del potere regolamentare ... secondo un sistema ispirato a una rigorosa tipicità) si giustifica, nel caso delle Autorità indipendenti, in ragione dell’esigenza di assicurare il perseguimento di fini che la stessa legge predetermina: il particolare tecnicismo del settore impone, infatti, di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all’evoluzione del sistema. Una predeterminazione legislativa rigida risulterebbe invero di ostacolo al perseguimento di tali scopi: da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori in esame, dei poteri impliciti”. Ma si può utilmente vedere anche Cons. St., Sez. V, sentenza 17 ottobre 2005, n. 5827, dove si legge che la legge n. 481 del 1995 ha natura programmatica e dunque costruisce funzionalmente i poteri dell’Autorità e che, pur avendo tale natura, “non abbisogna di successive leggi attuative che specificano i limiti d’azione dell’Amministrazione indipendente”, cui adde di recente Cons. St., Sez. VI, sentenza 4 febbraio 2020, n. 879, dove si legge se è “vero che il principio di legalità dell’azione amministrativa, di rilevanza costituzionale ..., impone che sia la legge ad individuare, anche se indirettamente, lo scopo pubblico da perseguire e i presupposti essenziali, d’ordine procedimentale e sostanziale, per l’esercizio in concreto dell’attività amministrativa”, tuttavia “è del pari vero, perlopiù, che la predeterminazione rigorosa dell’esercizio delle funzioni amministrative, quando venga in rilievo il potere regolatorio di una Autorità amministrativa indipendente, può avere carattere meno intenso, in ragione dell’esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace”. Peraltro, sia pure con molta prudenza, anche la Corte costituzionale sembra attenuare la portata del principio di legalità inteso in senso “forte”. Cfr., per un esempio, Corte Cost., sentenza 6 febbraio 2009, n. 32, in cui pur ribadendo che “la «assoluta indeterminatezza» del potere demandato ad una pubblica amministrazione «senza l’indicazione di alcun criterio da parte della legge» viola il principio di legalità sostanziale”, afferma che l’indicazione da parte di una legge di un criterio sintetico non rende incostituzionale la legge alla luce dei principi desumibili dalla disciplina della

Le considerazioni svolte sono più che sufficienti a mostrare come dal principio di legalità in senso forte sia germogliata, attraverso la riflessione dottrinale e soprattutto gli orientamenti giurisprudenziali, una sua diversa concezione in cui al centro si colloca la relazione “privilegiata” tra potere amministrativo e cura dell’interesse pubblico e da cui discendono perlomeno tre conseguenze in ordine al rapporto tra il suddetto potere e la legge.

Il primo di essi è che il potere amministrativo non necessariamente deve essere espressamente previsto dalla legge, ben potendo esservi poteri impliciti⁴². Questi ultimi, peraltro, come accennato, non vanno necessariamente ricavati secondo un principio rigido di implicazione per cui il potere inespresso è da considerare ricompreso in quello espresso secondo un modello di riconoscimento non sconosciuto nella nostra cultura giuridica, di cui si è detto. I poteri impliciti infatti possono essere individuati, oltre che per implicazione, per così dire, diretta, anche attraverso il combinarsi di tre distinti elementi: l’essere il potere implicito necessario al perseguimento dell’interesse pubblico; compatibile con il quadro dei poteri attribuiti; giustificabile attraverso una interpretazione teleologica e sistematica del complesso normativo che regola una determinata materia o settore.

Il secondo corollario è che i suddetti poteri in quanto impliciti non sono *ex ante* né nominati né tipici, divenendo tali solo *ex post*, ossia dopo il loro concreto esercizio.

Il terzo corollario è che la disciplina legislativa può anche non definire i presupposti sostanziali per l’esercizio del potere sia pure quando vi ostino ragioni derivanti dal carattere tecnico delle prescrizioni che impediscono una previsione legislativa *ex ante*.

Il quarto corollario è che, a fronte di un principio di legalità che sembra perdere consistenza dal punto di vista della capacità di disciplinare i profili sostanziali dell’esercizio del potere amministrativo, deve essere incrementata la

materia.

42 Il tema dei poteri amministrativi impliciti non è sconosciuto alla dottrina amministrativistica. A partire dal 2000 questo interesse si ravviva a dimostrazione della sensibilità degli studiosi nel cogliere la centralità che il tema inevitabilmente era destinato ad assumere all’interno del più generale processo di trasformazione del nostro ordinamento giuridico per effetto di molteplici fenomeni, tra cui non ultimi vi sono il processo di globalizzazione e quello di integrazione europea. In proposito resta fondamentale lo studio di N. BASSI, *Principio di legalità ...*, cit.

garanzia di quella che la giurisprudenza chiama la legalità procedurale, ossia il rispetto del principio della partecipazione e del contraddittorio procedimentale.

È certamente possibile discutere in senso critico il nuovo paradigma del principio di legalità dell'agire amministrativo che sembra avere preso corpo in seno al nostro sistema giuridico ed esprimere rispetto ad esso consenso o dissenso⁴³. Esso tuttavia è ormai da considerare anche per effetto degli orientamenti giurisprudenziali che si sono esaminati a tutti gli effetti diritto vivente⁴⁴.

La crisi del principio di legalità dell'azione amministrativa carica l'istituto della partecipazione ai processi decisionali amministrativi di un compito assai gravoso, perché quest'ultima diviene infatti un elemento fondante dello stesso sistema democratico in grado di compensare l'attenuarsi di uno dei suoi capisaldi ossia che il potere amministrativo in tanto può dirsi legittimato *ex ante*, ossia prima del suo esercizio, e legittimo *ex post*, ossia dopo il suo esercizio, in quanto la legge non si limiti a conferire il potere e ad indicare il fine cui esso deve tendere, ma fissi in modo più o meno preciso presupposti e modalità di tale esercizio. In definitiva alla partecipazione viene affidata la tenuta dello stesso sistema democratico di fronte alla crisi del principio di legalità.

43 Già a partire dagli anni Novanta del secolo scorso la dottrina coglie i segni della trasformazione del principio di legalità dandone letture opposte. Per una posizione favorevole al cambiamento cfr. S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista di Diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1995, p. 789 ss., dove si legge che "l'attribuzione al principio di legalità – che pure continua a svolgere un suo importante, ma limitato ruolo, come tutti i principi del passato che sono stati assimilati nelle culture o negli ordinamenti contemporanei – di un posto dominante, non è soltanto giuridicamente errata, conduce anche ad ulteriori errori. L'ossequio nominalistico per il legislatore, infatti, finisce per mettere in secondo piano altri, più sottili ed efficaci, metodi di controllo dei pubblici poteri" (p. 795). Per una posizione fortemente critica cfr. invece F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1997, p. 3303 ss., dove si legge che "A un certo punto, il principio di legalità così gelosamente custodito nella costituzione tedesca riscuote da noi sempre minori simpatie. Si attenua quasi senza consapevolezza il valore della garanzia ... si avverte quasi una sorta di fastidio, si afferma a un certo punto che il principio alquanto scomodo, mal si adatta ad una società che si va facendo sempre più complessa, a un certo punto lo si espone quasi al pubblico dileggio" per concludere nel senso che legalità ed efficienza "non possono formare oggetto di un baratto" (pp. 3305-3306).

44 Le criticità che si annidano nella giurisprudenza sono state colte e analizzate in particolare da E. GIARDINO, *La tutela del contraddittorio nelle autorità di regolazione delle autorità indipendenti: implicazioni e criticità*, in F. LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, ESI, 2011, pp. 97-119

Il che pone perlomeno due interrogativi: la partecipazione può davvero compensare la crisi del principio di legalità? E, in caso di risposta affermativa, è necessario ridefinire a livello concettuale i tratti qualificanti del fenomeno partecipativo soprattutto con riferimento all'incidenza che deve avere sulla decisione amministrativa?

Senza alcuna pretesa di fornire una risposta esaustiva a tale questione, qualche puntualizzazione può essere offerta.

È evidente, in primo luogo, come attribuire alla partecipazione la funzione compensativa, di cui si è detto, riposi su una idea ben precisa. A fronte all'esercizio di un potere amministrativo, che per effetto della crisi del principio di legalità non trova sopra di sé prescrizioni che definiscono i presupposti per il suo esercizio, limitandosi ad indicare in modo generico le finalità cui il potere deve tendere, e pretende talvolta di farsi potere implicito, la compensazione che la partecipazione può offrire dipende in primo luogo dalla corretta qualificazione del fatto di realtà che proprio per il tramite della partecipazione stessa è possibile realizzare. Detto in altri termini è proprio la puntuale ricostruzione di tale fatto e la sua qualificazione in termini attendibili, che costituiscono allo stesso tempo vincolo e limite di carattere oggettivo all'esercizio del potere amministrativo e dunque compensare la minore predeterminazione da parte della norma della fattispecie astratta attributiva del potere.

Tornano al riguardo utili le riflessioni svolte tanti anni addietro sul rapporto tra scienza del diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione da F. Benvenuti, secondo cui la vera essenza del fenomeno amministrativo sta nel fatto che l'agire della pubblica amministrazione si colloca tra due vincoli: il progetto che essa deve attuare, come definito per linee generali nelle sedi titolari dell'indirizzo politico, e le resistenze che alla sua attuazione impone la realtà materiale⁴⁵. Ebbene, per riprendere questo ordine concettuale è evidente che in presenza di poteri

⁴⁵ F. Benvenuti, *Per una autonoma scienza dell'amministrazione*, in *Amministrare*, 1986, p. 213 ss. ora anche in *Scritti giuridici*, vol. V, cit., p. 3893 ss., secondo cui "... L'amministrazione ha sempre una funzione di mediazione e cioè appare come il momento di risoluzione di una forza, che per ora chiameremo politica, verso quella forza che, per ora, chiameremo realtà effettuale. A ben guardare, però, la così detta forza politica non è se non un momento progettuale che si affida, per la propria realizzazione, al termine dell'amministrazione, mentre la realtà effettuale viene considerata non tanto in ciò che essa è, ma in ciò in cui essa può essere razionalmente compresa da quella stessa razionalità nella quale si esprime il programma o il progetto" (p. 3903).

impliciti o di poteri amministrativi che si esercitano in spazi non coperti dalla legge, che possono essere anche molto ampi, la partecipazione in tanto può assolvere alla funzione compensativa che ad essa viene assegnata in quanto si rivolga in primo luogo ad apportare un contributo conoscitivo del fatto che alimenti quella resistenza all'esercizio del potere che è un elemento essenziale del fenomeno amministrativo.

È evidente però come ciò non basti. Se è il fatto di realtà e la sua attendibile ricostruzione, di cui la stessa partecipazione deve farsi carico, a porsi come fattore di resistenza all'esercizio del potere amministrativo e dunque di garanzia del privato, specie allorquando la fattispecie normativa risulti costruita per così dire "a maglie larghe", tutto ciò deve trovare il proprio logico e naturale completamento sul terreno processuale attraverso un controllo diretto ed accurato del fatto da parte del giudice amministrativo, superando quelle titubanze che ancora oggi accompagnano tale controllo specie nel caso in cui la qualificazione del fatto passi attraverso la spendita della discrezionalità tecnica⁴⁶.

Al fine di realizzare quella funzione compensativa, che viene assegnata alla partecipazione, non vi è però solo la necessità di prendere coscienza del ruolo nevralgico che la stessa deve assumere rispetto al fatto di realtà, ma occorre anche rivisitare il tema della incidenza che la stessa deve avere sulla decisione amministrativa.

Sino ad oggi tale questione è rimasta sottotraccia. Vi sono però plurime ragioni che spingono nella direzione di iniziare a riflettere in profondità sul tema.

Una volta, infatti, che la partecipazione deve, per un verso, compensare deficit di normatività rispetto al potere della pubblica amministrazione e, per altro verso, offrire una legittimazione democratica all'agire amministrativo, che non può più farsi discendere unicamente dalla legge, è evidente come occorra che la decisione, per essere legittima, debba necessariamente utilizzare il criterio della

⁴⁶ È da sottolineare come la relazione privilegiata che si instaura tra il potere e la sua finalizzazione alla cura dell'interesse pubblico ponga, al di là del tema della partecipazione, la questione dell'accuratezza e profondità dell'istruttoria procedimentale e nel contempo dell'attendibilità e controllabilità dei fatti in essa emersi anche e soprattutto in sede giurisdizionale. Su questa complessa problematica e sul metodo da utilizzare per compiere tale operazione cfr. N. Paolantonio, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, in particolare pp. 92-158.

mediazione tra le diverse posizioni nella misura massima possibile.

È dunque evidente come la partecipazione, se deve compensare la crisi del principio di legalità, non deve essere lasciata sola, ma occorre costruire le adeguate condizioni di contesto nelle quali la partecipazione stessa può operare in modo efficace per il raggiungimento dell'obiettivo che oggi le viene assegnato.

4. Luci e ombre sulla partecipazione: considerazioni conclusive

Nel momento di massimo splendore della partecipazione, si addensano però nubi all'orizzonte. Anche in questo caso un confronto con lo "Stato dei partiti" e la sua crisi può essere utile per mettere a fuoco il problema con riguardo alla partecipazione.

Sulla crisi dei partiti esiste una letteratura sterminata che ne ha indagato in profondità le ragioni⁴⁷. In questa sede merita però di essere ricordato come i venti di crisi erano già stati colti anche e soprattutto dalla dottrina giuridica nel momento di massima vitalità del sistema dei partiti, che si colloca, come è noto, a cavallo tra gli anni Sessanta e gli anni Ottanta del secolo scorso⁴⁸.

Le cause della crisi dei partiti sono molteplici e vanno dalla minore capacità di adempiere al ruolo specifico di traduzione della domanda sociale in domanda politica, alla volontà di monopolizzare non soltanto il potere politico, ma di penetrare e condizionare tutti gli ambiti della vita sociale ed economica, dalla eccessiva burocratizzazione degli apparati alla scarsa democrazia interna. Il tutto viene sovente sintetizzato con il riferimento al fenomeno della partitocrazia, sintagma che indica in modo sintetico, ma efficace, quel processo di degenerazione del sistema dei partiti, di cui gli aspetti indicati costituiscono la più importante manifestazione. Non mancano inoltre soprattutto nella dottrina giuridica ricostruzioni volte a fornire una soluzione al problema⁴⁹.

⁴⁷ Sulla crisi dei partiti cfr. utilmente M. Fedele e R. Leonardi (a cura di), *La politica senza i partiti*, Roma, SEAM, 1996; Oreste Massari, *I partiti politici nelle democrazie contemporanee*, Bari-Roma, Laterza, 2004; L. BARDI, P. IGNAZI e O. MASSARI, *I partiti politici*, Milano, Università Bocconi Editore, 2007; S. Staiano (a cura di), *Nella rete dei partiti. Trasformazione politica, forma di governo e network analysis*, Napoli, Jovene, 2014.

⁴⁸ In proposito cfr. A. NEGRI, *Lo stato dei partiti*, cit.

⁴⁹ La dottrina è divisa tra che fornisce terapie alla crisi dei partiti volte a rilanciare il tradizionale modello su cui si è retto il sistema dei partiti e chi spinge ad esplorare strade nuove che fanno leva sui gruppi e l'associazionismo sociale. In proposito cfr. C. F. FERRAJOLI, *Partiti politici e copri*

Senza volere negare che il fenomeno della crisi dei partiti sia multifattoriale, la ragione più profonda di tale crisi va però probabilmente ricercata nei cambiamenti che avvengono nella realtà materiale proprio a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso e che sono ancora davanti ai nostri occhi. A livello sociale si moltiplicano i bisogni rispetto ai quali si avanza una esigenza di riconoscimento e di tutela da cui si origina una crescente complessità dei processi di governo della collettività. A livello economico il progressivo ampliamento dei mercati richiede non solo una rimodulazione degli strumenti di governo e regolazione del sistema economico, ma anche decisioni da parte delle istituzioni pubbliche che siano rapide e calibrate sui singoli problemi che di volta in volta devono essere affrontati.

Il combinarsi di questi due elementi è il fattore più rilevante che genera la crisi del sistema dei partiti. Questi ultimi, per loro natura, traducono la domanda sociale in programmi politici generali sui quali acquisire e far convergere il consenso di una pluralità di persone unita da una certa visione ideologica o da un comune interesse di classe. Tale momento di rappresentanza/mediazione risulta però poco efficace quando le esigenze e i bisogni espressi a livello sociale ed economico si moltiplicano e si rinnovano incessantemente. Ed è proprio questa la ragione che, a ben vedere, spiega l'esplosione della domanda di partecipazione ai processi decisionali pubblici, cui si è accennato in apertura del presente lavoro. Sono in particolare i soggetti collettivi che nascono nella società che si rivelano più attrezzati ed adeguati dei partiti politici a tradurre le nuove esigenze che emergono dalla società in domanda politica, perché essi sono caratterizzati, oltre che sovente dalla informalità, dal loro costituirsi ed operare rispetto a specifiche questioni, senza pretendere di farsi portatori di una complessiva *weltanschauung*, come necessariamente avviene per i partiti politici.

Il processo che si è delineato trova peraltro ampia epifania nell'evoluzione del sistema giuridico. Il riconoscimento di quelli che sono stati definiti nuovi diritti, che non trovano immediato riscontro nel catalogo dei diritti iscritti in Co-

intermedi: come si può oggi "concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale?" in G. Azzariti (a cura di), *Costituzione e realtà sociale in mutamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, pp. 26 e ss.; P. Marsocci, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, FrancoAngeli, 2012.

stituzione, il progressivo formarsi di uno spazio giuridico ed economico europeo, il proliferare di autorità amministrative indipendenti con funzione di regolazione dei mercati e il consolidarsi della garanzia della partecipazione ai processi decisionali pubblici costituiscono altrettanti adeguamenti dell'ordinamento giuridico ai movimenti che avvengono nella realtà sociale ed economica.

Non sembra dalle considerazioni che si sono svolte che l'eccellente stato di salute della partecipazione sia in pericolo. Eppure, come si diceva, non mancano nubi, anche minacciose, all'orizzonte.

L'imperativo, giustificato dai ritmi di una società e di una economia globalizzata, di assumere decisioni in tempi rapidi, talvolta incompatibili con il tempo necessario a consentire la partecipazione ai processi decisionali pubblici; il verificarsi con sempre maggiore frequenza di situazioni di emergenza, con il conseguente ricorso all'istituto del commissariamento, cui si accompagna la sospensione dell'ordine legale e l'attribuzione di poteri straordinari, che possono essere esercitati anche in deroga alla legislazione vigente; il sempre maggiore utilizzo dell'Intelligenza Artificiale da parte delle pubbliche amministrazioni per svolgere le attività preparatorie della decisione finale e talvolta per elaborare anche una proposta di decisione; l'utilizzo da parte dei pubblici poteri di nuove tecniche di regolazione, quale ad esempio il *nudge*, che costituiscono diretta applicazione dei risultati cui sono pervenute le scienze comportamentali, e la cui messa in opera prescinde dallo svolgimento di un procedimento in senso tradizionale; sono tutti fenomeni che sembrano togliere spazio alla partecipazione.

Ed allora, se nell'epoca dello Stato liberale monoclasse, i giuristi potevano disinteressarsi del rapporto tra la base sociale e l'ordinamento giuridico che su tale base prendeva corpo, limitandosi a concentrare la propria attenzione sui profili formali del sistema giuridico, altrettanto non è consentito ai giuristi operanti in uno Stato democratico di diritto. In questo caso non è possibile prescindere da quel rapporto di integrazione degli interessi espressi dalla società dentro l'ordine politico e giuridico, perché senza meccanismi adeguati di rappresentanza e mediazione di tali interessi ad essere messa in pericolo è la stessa democrazia. Sicché è necessario che le nubi di cui si è detto vengano assunte nella riflessione giuridica come un problema da affrontare e risolvere, anche proponendo, ove necessario, gli opportuni cambiamenti del tessuto normativo. Perché se alla democrazia non

c'è alternativa, allora neanche alla partecipazione c'è alternativa se si vuole salvare la stessa democrazia.