

**Democrazia, diritti umani
e sviluppo sostenibile.
Quali sfide in Italia e Brasile?**

**Democracia, direitos humanos e
desenvolvimento sustentável.
Quais os desafios da Itália e do Brasil?**

*CONVEGNO ITALO-BRASILIANO DEI PROFESSORI DI DIRITTO
AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE
PALERMO, 15-16 SETTEMBRE 2022*

a cura di

Maria Immordino, Nicola Gullo, Cristiano Celone

Editoriale Scientifica
Napoli

I curatori ringraziano:

Francesco Giacalone, Clara Filiberto e Cristiana Livolsi per il coordinamento redazionale.

L'Università degli studi di Palermo, l'Assemblea Regionale Siciliana e la Presidenza della Regione Siciliana per aver finanziato il convegno e il volume.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2024 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-974-9

INDICE

MARIA IMMORDINO, NICOLA GULLO, CRISTIANO CELONE <i>Introduzione. Le prospettive della democrazia contemporanea in un'epoca di crisi</i>	9
<i>In ricordo di Raquel Dias da Silveira e Paulo Roberto Ferreira Motta</i>	11

DEMOCRAZIA: LE RAGIONI DELLA CRISI

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA - CLAUDIA BEECK MOREIRA DE SOUZA <i>Democracia em risco: o caso brasileiro</i>	15
GUIDO CORSO <i>L'Europa tra democrazia liberale e democrazia illiberale</i>	33
KATYA KOZICKI - ANA CAROLINA LOPES OLSEN <i>Structural Racism and the Role of the Constitutional Jurisdiction in Brazil</i>	45
VITOR RHEIN SCHIRATO <i>O papel e a importância das cortes constitucionais na preservação da democracia no estado contemporâneo</i>	69
GIORGIO GRASSO <i>Crisi pandemica e regressione democratica</i>	85
FELICE BLANDO <i>Il partito nell'ordinamento democratico</i>	103
LUCIANA DE GRAZIA <i>Alcune riflessioni sull'indipendenza giudiziaria nel contesto europeo</i>	127
BRUNO MERCURIO <i>Crisi della rappresentanza ed emersione di nuovi modelli di democrazia deliberativa. Il ruolo strategico delle attività di pianificazione e programmazione</i>	163

DIRITTI UMANI:
LE NUOVE VULNERABILITÀ

ANNA SIMONATI	
<i>La 'cittadinanza di genere': le nuove frontiere dell'uguaglianza fra uomini e donne</i>	207
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO - FLÁVIA JEANNE FERRARI	
<i>Direitos humanos e inovação no setor público</i>	225
ILTON NORBERTO ROBL FILHO	
<i>Direito à intimidade e à vida privada na era digital</i>	239
MARCO BROCCA	
<i>Inquinamento acustico e diritto al silenzio: le c.d. zone silenziose</i>	249
CRISTIANO BEVILACQUA	
<i>La lotta alle nuove povertà nell'ambito del PNRR</i>	257
CATERINA VENTIMIGLIA	
<i>Diritto allo studio e soggetti vulnerabili nelle politiche del PNRR</i>	279
ANTONIO BALSAMO	
<i>Diritti umani: le nuove vulnerabilità. Conclusioni</i>	307

DIRITTI UMANI:
RICONOSCIMENTO NORMATIVO ED EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA

GUIDO CARLINO	
<i>Corte dei Conti e tutela effettiva dei diritti umani</i>	319
MARIA ALESSANDRA SANDULLI	
<i>Effettività della tutela tra fonti normative e interpretazione giurisprudenziale</i>	325
CLAYTON MARANHÃO	
<i>Jurisdição constitucional brasileira: as técnicas decisórias no controle abstrato de constitucionalidade</i>	347
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	
<i>Jurisdição e processo no direito administrativo brasileiro: aproximação com os direitos fundamentais</i>	355
FLÁVIO BERTI	
<i>Controle externo concomitante e monitoraggio da gestão pública no Brasil</i>	381
JOEL ILAN PACIORNIK - JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO - ANDERSON RICARDO FOGAÇA	
<i>Desjudicialização do direito à saúde à luz da análise econômica do direito</i>	401

CAROLINA FONTES VIEIRA	
<i>Desafios à equidade de gênero e raça no poder judiciário brasileiro</i>	419
DANIELE MARRAMA	
<i>Termine ragionevole di cui all'art. 6 CEDU tra procedimento e processo</i>	435
ANTONIO RUGGERI	
<i>I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela</i>	455
GAETANO ARMAO	
<i>La giustizia nell'amministrazione: il contributo di Francesco Crispi</i>	481

SVILUPPO SOSTENIBILE E TRANSIZIONE ECOLOGICA

MAURIZIO CELLURA	
<i>Riflessioni su sostenibilità e transizione ecologica nel contesto dell'Università di Palermo</i>	517
MARCELLA GOLA	
<i>Pubblica amministrazione e agricoltura sostenibile: quando il diritto produce futuro</i>	533
VERA KARAM DE CHUEIRI	
<i>The green belt movement e o movimento interestadual das quebradeiras de côco de babaçu: mulheres, sustentabilidade, resistência e persistência</i>	549
FRANCESCO VETRÒ	
<i>Transizione energetica e sviluppo sostenibile. Pubblico e privato alla prova della crisi energetica</i>	565
VIVIANA MOLASCHI	
<i>La sfida dell'economia circolare e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza</i>	605
VALENTINA GIOMI	
<i>La tutela delle risorse idriche nell'ottica della sostenibilità. Riflessioni sul processo di giuridificazione del bene idrico e sui percorsi di responsabilità giuridica pubblica</i>	625
ROBERTO LEONARDI	
<i>La tutela dell'ambiente e la centralità del procedimento amministrativo per la tutela dei principi democratici</i>	649
PAOLO PROVENZANO	
<i>Spigolature in tema di criteri ambientali minimi</i>	691
FRANCESCO DE LEONARDIS	
<i>Conclusioni alla IV sessione "Sviluppo sostenibile e transizione ecologica"</i>	701

PROSPETTIVE E CRITICITÀ DELLA GREEN ECONOMY

DIANA URANIA GALETTA	
<i>“Nature based solutions” e pianificazione urbana, a salvaguardia della resilienza delle nostre città. Qualche riflessione e taluni spunti di ricerca</i>	709
ARISTIDE POLICE	
<i>Sustainability and energy market in difficult times</i>	725
PIER LUIGI PORTALURI	
<i>Finto verde</i>	737
MAURO RENNA – ANGELO BONAITI	
<i>Impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili e ‘dequotazione’ di funzioni amministrative</i>	739
<i>Note sugli autori e sui curatori</i>	767

BRUNO MERCURIO

CRISI DELLA RAPPRESENTANZA ED EMERSIONE
DI NUOVI MODELLI DI DEMOCRAZIA DELIBERATIVA.
IL RUOLO STRATEGICO DELLE ATTIVITÀ
DI PIANIFICAZIONE E PROGRAMMAZIONE

SOMMARIO: 1. La democrazia deliberativa come modello per una riforma sistemica dell'amministrazione nel perimetro della democrazia rappresentativa. – 2. La dimensione molteplice del modello deliberativo in ambito amministrativo. Valenza e stato attuale nell'amministrazione unilaterale. – 3. *Segue*: Valenza e stato attuale nell'attività di interesse generale. – 4. La centralità delle attività di pianificazione e programmazione nel metodo deliberativo. – 5. Il peculiare regime giuridico degli atti di pianificazione e programmazione e il valore intrinseco della partecipazione come elemento necessario dell'attività di formazione degli stessi. – 6. La riforma delle attività di pianificazione e programmazione come crocevia per una nuova amministrazione. Riflessioni conclusive.

1. La democrazia deliberativa come modello per una riforma sistemica dell'amministrazione nel perimetro della democrazia rappresentativa

Il concetto di democrazia deliberativa si innesta nel più ampio dibattito sulla crisi di fiducia, diffusa nelle democrazie contemporanee fra società e istituzioni¹. Come la democrazia partecipativa², di cui constitui-

¹ Sul punto vd. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa un contributo alla democratizzazione della democrazia*, in U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa, esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, 2010, 2.

² R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa, Relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive"*, Firenze, aprile 2009, in Astrid Rassegna, 2009, 1. Secondo l'ultimo rapporto ISTAT relativo alla fiducia nelle istituzioni nel periodo 2012/2022 è emerso che «L'Italia si distingue per livelli di fiducia istituzionale relativamente bassi. (...) La fiducia nelle istituzioni della democrazia è sotto la sufficienza. Si tratta di caratteristiche di lungo periodo, stabili attraverso tutto il decennio analizzato» in www.istat.it/it/files/2022/05/Fiducia-cittadiniistituzioni2021.pdf.

sce una evoluzione³, il modello deliberativo si muove, infatti, all'interno del perimetro della democrazia rappresentativa con il fine di ristabilire il rapporto fra governanti e governanti.

In questo senso, la democrazia deliberativa si pone in continuità con le principali tradizioni costituzionali occidentali mutate come principi generali dall'Unione Europea⁴ che si reggono sul principio rappresentativo, affermato e riconosciuto come cardine e forma concreta della democrazia⁵.

³ La distinzione fra gli istituti di democrazia partecipativa e deliberativa non attiene al modello di riferimento che resta per entrambi i modelli quello rappresentativo, ma alla forma e all'intensità della partecipazione che nel primo caso ha valore formalmente e sostanzialmente collaborativo (in taluni casi rafforzato) e nel secondo caso, invece, si propone di incidere sull'indirizzo politico e quindi di contribuire ad orientare le scelte di interesse generale delle istituzioni competenti ad assumerle. G. PEPE, *Il modello della democrazia partecipativa fra teorici e profili applicativi*, Milano, 2020, S. MIRATE, *La democrazia partecipativa*, in *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, a cura di G. FALCON, Padova, 2008, 5 ss. In senso difforme, Bifulco sostiene che fra i due modelli sussista un rapporto di genere a specie, in quanto la democrazia deliberativa costituirebbe un modello generale condiviso anche da altri poteri come quello giudiziario, mentre quello partecipativo caratterizzerebbe la sola funzione amministrativa. Cfr. R. BIFULCO, voce *Democrazia deliberativa*, in *Annali IV*, Milano 2011, 276. Diversamente, i sostenitori della tesi contraria, cui si aderisce, ritengono che la democrazia deliberativa costituisca una forma particolare, caratterizzata da strumenti più incisivi, di democrazia partecipativa come attesterebbe la circostanza che tali strumenti siano contemplati nella sezione dedicata alla partecipazione nella gran parte degli statuti regionali Cfr. L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa in Democrazia e diritto*, 4, 2006, 14.

⁴ L'articolo 6 TUE, considera democratica la società in cui le decisioni pubbliche sono prese da rappresentanti del popolo scelti attraverso elezioni libere e informate che sono sollecitati nella giurisprudenza della Corte EDU a «soppesare ragioni pro e contra, mantenere aperti i canali di comunicazione con l'opinione pubblica. Così facendo, proponendosi come custode di regole procedurali». In proposito M. STARITA, *Democrazia deliberativa e Convenzione europea dei diritti umani in Diritti umani e diritto internazionale*, 4 (2010), 245-278.

⁵ L'art. 10 del TUE fonda il funzionamento dell'Unione sulla democrazia rappresentativa (comma 1) in cui i cittadini sono rappresentati nel Parlamento Europeo (comma 2). Cfr. Corte giustizia UE, 19 dicembre 2019, n. 418. Il principio rappresentativo viene affiancato da quello partecipativo che ha, comunque, ampio risalto nel medesimo articolo del Trattato. Il terzo comma dell'art. 10, infatti, dichiara il diritto di ogni cittadino a partecipare alla vita democratica dell'Unione, prescrivendo che le decisioni siano prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini. Attraverso la partecipazione, in particolare, le decisioni delle istituzioni europee trovano una legittimazione dal basso

In ambito amministrativo, essa punta a sostituire l'amministrazione unilaterale con forme di esercizio delle funzioni spettanti ai pubblici poteri in cui è favorita l'elaborazione condivisa fra istituzioni e consociati di scelte di portata generale⁶.

Secondo il modello deliberativo, partendo dal fenomeno che richiede di essere amministrato (regolato, gestito, curato), istituzioni pubbliche e privati, confrontandosi, attingono al patrimonio comune di conoscenze ed esperienze per la individuazione *dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili*⁷ e così generano diverse opzioni suscettibili di essere sussunte nell'atto finale che, pur restando formalmente pubblico, discende da un processo condiviso di costruzione della scelta⁸.

Si riconosce, così, ai membri di una comunità *uti cives*, ossia a prescindere dal collegamento diretto con un bene della vita che possa essere inciso, «di influire sulla gestione dei pubblici poteri»⁹, valorizzando attraverso gli istituti partecipativi, l'apporto del corpo sociale alla definizione di atti, come quelli di regolazione e programmazione, con cui l'amministrazione definisce a monte finalità e presupposti della propria attività¹⁰.

che mira a superare il cosiddetto deficit democratico nell'ordinamento unitario. Tale deficit è dovuto alla inesistenza di una compiuta cittadinanza europea, che si realizza in forma mediata con il possesso della cittadinanza di uno Stato membro.

⁶ Per un inquadramento generale del tema G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Sullo specifico, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 45; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000.

⁷ In questi termini si esprime l'art. 55 comma 2 del Decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo settore) il quale prevede l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di assicurare nell'esercizio delle loro funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi in settori di attività specificati dal precedente articolo 5 (sociali, culturali, ambientali, turistiche etc.).

⁸ N. PODESTÀ, *Scelte di metodo: lo strumento della "agorà deliberativa" e la formazione dei facilitatori*, in *Discutere e agire. Una sperimentazione di democrazia deliberativa a Novara*, a cura di G. BALUZZI - D. SERVETTI, Novara, 2014, 30.

A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e attività parlamentare*, in *Parlamento, Istituzioni, democrazia*, Milano, 1980.

¹⁰ Nel modello dell'amministrazione condivisa infatti «l'ipotesi è che cittadini e

Il ruolo della comunità assume, così, valore co-legittimante andandosi ad affiancare, irrobustendola¹¹, alla legittimazione impressa alle istituzioni dalla rappresentanza¹². Partendo da fatti, informazioni e dati da elaborare e non da schemi già predeterminati¹³, viene, infatti, favorita una negoziazione non condizionata per giungere ad una decisione sostanzialmente e proceduralmente condivisa «uno slittamento del potere decisionale da dentro le gerarchie al dialogo fra pari fra istituzioni e cittadini»¹⁴.

In definitiva, nel metodo deliberativo viene in rilievo il dialogo come

amministrazione condividessero non l'esercizio del potere bensì della funzione amministrativa, condividendo risorse e responsabilità, per risolvere insieme problemi di interesse generale». G. ARENA, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022, 3.

¹¹ Già nel 1909, Santi Romano osservava, a proposito del nuovo corporativismo di inizio secolo che aveva fatto emergere il fenomeno sindacale e aveva trovato nella enciclica «*Rerum novarum*», l'avallo della Chiesa Cattolica che: «l'odierna organizzazione statale, del fatto che si sente il bisogno di organizzazioni nuove, complementari ad essa, se pure non contrarie, si dimostra per ciò stesso insufficiente», giungendo alla conclusione comunque che «Maggiori saranno i contrasti che dalla specificazione delle forze sociali e dalla loro cresciuta e organizzata potenza deriveranno, più indispensabile apparirà l'affermazione del principio, che il potere pubblico non potrà considerarsi che come indivisibile nella sua spettanza, per quanto più larga e più confacente possa rendersi la partecipazione delle varie classi sociali al suo esercizio». Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Pisa, 1909, in <https://core.ac.uk/download/pdf/212098063.pdf>. 15 -32.

¹² Individuando l'interesse stesso da perseguire. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, 78.

¹³ Come accade, ad esempio, nel procedimento partecipato di approvazione degli atti di regolazione della autorità amministrative indipendenti, condotto su uno schema predisposto dall'amministrazione e aperto alle osservazioni attraverso il metodo informativo ed emendativo del «*notice and comment*». A. CONTIERI, *Deficit di rappresentatività delle Autorità Indipendenti e legalità procedurale* in AA. VV., *Le autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione*, a cura di A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. ZAMMARTINO, volume monografico di Nuove Autonomie, Napoli, 2020, 101 ss.

¹³ Sull'importanza della partecipazione anche nei procedimenti di adozione di atti generali, M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2002, 283 ss.

¹⁴ M. SCLAVI, *Amministrazione condivisa come innesco al necessario cambiamento*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 150.

momento ideativo delle scelte pubbliche generali attraverso un rapporto biunivoco, in cui «la responsabilità della loro effettiva attuazione finisce, senza soluzione di continuità dalle amministrazioni pubbliche ai privati e viceversa»¹⁵.

2. La dimensione molteplice del modello deliberativo in ambito amministrativo. Valenza e stato attuale nell'amministrazione unilaterale

Per esprimere le sue potenzialità in ambito amministrativo, la democrazia deliberativa così come brevemente delineata, dovrebbe connotare soprattutto l'esercizio delle funzioni pubbliche finalizzate alla approvazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione¹⁶, di quegli atti cioè che costituiscono i presupposti delle successive attività esecutive, attuative o erogative di prestazioni e servizi¹⁷ il cui assetto non è interamente predeterminato dalla legge, ma è rimesso alle scelte e alla cura delle amministrazioni pubbliche¹⁸.

Il valore aggiunto del modello deliberativo, infatti, sta nella possibilità riconosciuta alla società civile di contribuire a disegnare lo spazio (fatto di obiettivi, regole, modelli organizzativi, modalità e mezzi di esecuzione) entro cui l'amministrazione opererà successivamente, su schemi differenti, a seconda della natura dell'attività da svolgere.¹⁹

Del resto, se la partecipazione interviene solo nella fase successiva, in cui l'amministrazione esegue indirizzi generali assunti altrove, essa sarà strumentale all'adozione di provvedimenti puntuali e incisivi della

¹⁵ F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 62.

¹⁶ E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore*, Modena, 2019.

¹⁷ Individuando l'interesse stesso da perseguire. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939, 78.

¹⁸ Per una ricostruzione evolutiva ed una prospettiva come «paradigma di approccio al benessere collettivo alternativo alle modalità attraverso le quali oggi questo è, di norma, perseguito da istituzioni, società e mercato». A. PIOGGIA, *La cura nella costituzione, prospettive per una amministrazione della cura in L'amministrazione condivisa*, cit. 43.

³ Sul percorso evolutivo che ha condotto alla definizione di democrazia deliberativa nell'accezione descritta sia consentito un rinvio a B. MERCURIO, *Società e decisioni amministrative, processi evolutivi verso una democrazia deliberativa*, Napoli, 2021.

sfera giuridica degli interessati²⁰, (di tipo dispositivo, autorizzatorio, concessorio, sanzionatorio, etc.) e, quindi, finalizzata secondo gli articoli 7 e 9 della legge 7 agosto 1990 n.241²¹ sul procedimento amministrativo e le altre norme speciali prevedenti forme di contraddittorio, a rappresentare in modo sostanzialmente “difensivo” soluzioni alternative al provvedimento che l’amministrazione intende adottare²².

È pur vero che anche nell’assumere scelte puntuali, l’amministrazione deve svolgere un’istruttoria «preordinata all’apprezzamento e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte»²³ esercitando la discrezionalità in modo che «mai un interesse diventi aprioristicamente da perseguire e dunque tiranno»²⁴.

Il privato, dal canto suo, in questo tipo di procedimenti, è tenuto a rappresentare la propria situazione mettendola in relazione, non alla utilità individuale effettivamente perseguita o potenzialmente compromessa dal provvedimento in adozione, ma al soddisfacimento dell’interesse pubblico, dovendo evidenziare nelle sue osservazioni o la contrarietà della scelta a lui sfavorevole a norme che disciplinano la materia

²⁰ Nelle modalità di esercizio della funzione si assiste, inoltre, ad una evidente apertura metodologica, prevedendosi al comma 1-bis del medesimo articolo la possibilità di predisporre un calendario di incontri contestuali o separati con i destinatari e i controinteressati volti a favorire la conclusione dell’accordo. A. PUBUSA, *L’attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990 n. 241*, Milano, 19993, p. 18. S. FANTINI, *La partecipazione al procedimento e le pretese partecipative*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. CAVALLO, Torino, 2000, 86.

²¹ Che consentono la partecipazione o l’intervento esclusivamente ai destinatari del provvedimento e a coloro, ivi compresi i titolari di interessi diffusi, che da esso possano subire un pregiudizio pur non essendone i destinatari diretti.

²² La giurisprudenza ha affermato la responsabilità dell’Amministrazione per i danni conseguenti all’esercizio della funzione amministrativa quando la violazione risulti commessa in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tali da palesare negligenza e imperizia dell’organo nel garantire il contraddittorio. Consiglio di Stato sez. III, 24/05/2018, n.3134 in giustiziaamministrativa.it.

²³ Corte costituzionale, 28 febbraio 2019 n. 28, in <https://www.cortecostituzionale.it>

²⁴ F. ROVERSI MONACO, *Discrezionalità amministrativa e utilità generale (brevi considerazioni ordinamentali)* in *Discrezionalità e amministrazione, Atti del convegno annuale AIPDA 7-8 ottobre 2022*, Napoli, 2023, X.

oggetto del provvedimento²⁵ o, nel merito, rappresentare un'alternativa tecnicamente e socialmente più valida in termini generali sotto il profilo dei principi che reggono l'azione amministrativa, e quindi in termini di imparzialità, efficienza, efficacia ed economicità, rispetto a quella prospettata dall'amministrazione e difesa dai controinteressati, lesiva o comunque limitativa, della sua sfera giuridica²⁶.

In questo limitato senso, è stato ritenuto che la partecipazione procedimentale, sebbene abbia lo scopo di garantire il privato nei confronti del pubblico potere è idonea anche a «contribuire al processo di assunzione di decisioni pubbliche»²⁷, introducendo soluzioni alternative «nel quadro delle possibilità all'interno del quale l'amministrazione opererà la sua scelta»²⁸.

Siffatta forma di partecipazione, però, se può essere qualificata come espressione del principio di leale collaborazione fra privati ed am-

²⁵ Come magistralmente evidenziato «L'interesse individuale, dunque, che chiede la correzione, è rapporto alla legge un interesse pubblico, e non un interesse particolare e opposto al pubblico, che la legge volle proteggere». S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*.

²⁶ Di tal che i motivi che spingono il privato a partecipare ossia i suoi interessi, bisogni o scopi individuali, non sono per sé stessi idonei a legittimare la scelta finale, stante la natura pubblica della causa di questa particolare forma di negozi, individuata nella determinazione del contenuto di un dato provvedimento amministrativo, funzionale alla realizzazione di un interesse che è pur sempre pubblico. Tale aspetto è bene evidenziato in M. OCCHIENA, *Il procedimento in AA.VV. Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive e esperienze* (a cura di A. CROSETTI, F. FRACCHIA), Milano 2002, 167 ss.

Così l'interessato per avere maggiori chance di accoglimento deve necessariamente compiere uno sforzo che superi la sua posizione soggettiva o per meglio dire che la collochi nella dimensione generale, dimostrando con riferimento a quest'ultima che il contenuto del provvedimento, determinato secondo i suoi desiderata, assicuri il miglior raggiungimento del risultato pubblico con il minor sacrificio (nel caso di interesse oppositivo) o a prescindere dal vantaggio (nel caso di interesse pretensivo) che all'interesse privato possa derivarne. Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 228.

²⁷ M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 225. Per una recente ed accurata ricostruzione sul tema S. SERGIO, *L'azione amministrativa: partecipazione, trasparenza e accesso*, Bari, 2020.

²⁸ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di F. FRACCHIA), Milano 2020, 433.

ministrazione²⁹, oggi espressamente sancito nella legge sul procedimento dall'art. 2 *bis* introdotto nel 2020³⁰, da cui discende l'obbligo per il titolare del potere discrezionale di dare conto nella motivazione del provvedimento del mancato accoglimento delle ragioni e soluzioni prospettate dagli interessati in sede di partecipazione al procedimento³¹, è lontana dalla portata del dibattito deliberativo, quale strumento attraverso cui coinvolgere il privato nell'amministrazione condivisa³².

Ed invero, un diverso e più aperto approccio era stato prefigurato fin negli studi della Commissione Nigro che aveva proposto l'inserimento, già nella legge generale sul procedimento 7 agosto 1990 n. 241, di strumenti di democrazia partecipativa prima dell'approvazione di atti generali, quali l'inchiesta pubblica³³.

Nella migliore dottrina, infatti, è sempre stata forte la convinzione che l'esercizio della funzione amministrativa non dovesse avvenire in via esclusiva né prevalente in modo autoritativo, ma attraverso il coinvolgimento dei privati in tutti quei casi in cui il loro apporto potesse garantire una migliore rappresentazione delle istanze pluraliste provenienti dalla comunità di riferimento. In tali ipotesi, infatti, il confronto attivo

²⁹ Sul ruolo della partecipazione G. BERTI, *Diritto e stato, riflessioni sul cambiamento*, Padova 1986; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989; per una ricostruzione sistematica, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 219 ss.

³⁰ Dall'art. 12, comma 1, lettera a) della Legge 11 settembre 2020, n. 120.

³¹ Il principio di leale collaborazione fra amministrazione e cittadino viene inteso come corollario del più generale principio del giusto procedimento, rendendo il procedimento amministrativo la sede deputata a chiarire le rispettive posizioni fra le parti, ma imponendo anche in relazione all'obbligo previsto dall'art. 3, l. n. 241/1990, l'esame del materiale istruttorio introdotto dai privati e la necessità di poter comprendere le ragioni poste a fondamento del giudizio di irrilevanza eventualmente formulato al riguardo dall'Amministrazione attraverso una motivazione dell'atto conclusivo che renda percepibile le ragioni del mancato adeguamento dell'azione amministrativa alle deduzioni partecipative. Tar Napoli, sez. VIII, 10/06/2021, n. 3924. Per il principio, Cons. St., sez. VI, 8.4.2003, n. 1882; Cons. St., sez. IV, 13.12.2001, n. 6238.

³² M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, cit., 227; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993.

³³ R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2010, 667-683.

con la comunità, avrebbe facilitato l'assunzione della decisione migliore per il contesto ³⁴.

Tuttavia, la scelta del legislatore del '90 fu, come visto, di limitare la partecipazione alle sole esigenze sostanzialmente difensive di garanzia e deflazione del contenzioso nei procedimenti.

Essa è stata solo temperata dalla previsione nella medesima legge degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento disciplinati dall'articolo 11, in cui la partecipazione assume un rilievo maggiore, sebbene riferita ai medesimi soggetti titolari del diritto ad essere informati e di partecipare al procedimento di cui sopra, potendosi attraverso detti strumenti determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero sostituirlo con un atto negoziale³⁵.

Siffatti accordi non fuoriescono, quanto alla natura del potere esercitato, dal perimetro definito delle attribuzioni pubbliche; ciò è testimoniato dal potere di recesso unilaterale, salvo indennizzo, riconosciuto all'amministrazione. Tuttavia, come più volte ribadito dalla giurisprudenza, tale facoltà, pur non potendosi ritenere vincolata in termini assoluti in quanto riguarda pur sempre l'esercizio di pubbliche potestà³⁶, in-

³⁴ S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio*, in *Riv. Trim. dir. Comp. di diritto comparato*, 2007, 13.

³⁵ Ad essa fa da corollario il diritto di accesso procedimentale disciplinato dall'art. 22 della medesima legge riservato proprio a chi sia titolare di un interesse diretto, concreto e attuale alla conoscenza.

In questa chiave devono essere letti anche gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento disciplinati dall'articolo 11, in cui la partecipazione assume un rilievo maggiore, sebbene riferita ai medesimi soggetti titolari del diritto ad essere informati e di partecipare al procedimento di cui sopra, potendosi attraverso detti strumenti determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero sostituirlo con un atto negoziale. Sulla natura di tali accordi e sulla configurabilità nel nostro ordinamento della possibilità di negoziare l'esercizio del pubblico potere F. LEDDA, *Il problema del contratto di diritto amministrativo*, Torino, 1964; R. FERRARA, *Gli accordi fra i privati e la pubblica amministrazione*, Torino, 1985; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova 1998. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 1; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 32. F. TIGANO, *Gli accordi procedurali*, Torino 2002; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Vol. 1, 1997, 33.

³⁶ Secondo il Consiglio di Stato, sez. VI - 24/12/2018 n. 7212 «Deve ritenersi ammissibile l'esercizio di un potere pubblicistico di autotutela che, per la imprescindibile

contra il limite del principio di *buona fede* e quindi del rispetto dell'affidamento del privato sulla stabilità del rapporto sorto con l'accordo³⁷. Pertanto, sebbene il potere di recesso non sia ritenuto necessariamente ancorato a "circostanze sopravvenute" in senso strettamente fattuale³⁸ ma alla sopravvenienza di motivi di interesse pubblico³⁹, detti motivi devono sussistere; essere esplicitati nel provvedimento ed essere tali da prevalere sull'assetto determinato dall'accordo⁴⁰.

La forma di partecipazione più incisiva, attraverso il coinvolgimento del corpo sociale nella fase di elaborazione degli indirizzi è invece, in generale, limitata dall'art. 13 della legge generale sul procedimento che, come noto, esclude l'applicazione delle norme sulla partecipazione nei procedimenti volti alla emanazione di atti amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

Tant'è che il progressivo riconoscimento di forme di partecipazione più ampie rispetto a quelle previste dalla legge n. 241/90 è avvenuto all'interno di discipline speciali che hanno introdotto modelli decisiona-

funzionalizzazione degli accordi in discorso, non può ritenersi paralizzato dall'assimilazione dell'accordo al contratto. Al riguardo, la stessa norma, art. 11 comma 2, richiama (solo) i "principi" in materia di "obbligazioni e contratti" ritenendoli, oltretutto, applicabili solo "in quanto compatibili"».

³⁷ Secondo tale orientamento, il potere deve essere esercitato – nel rispetto del limite derivante dalla sua espressa correlazione con la cura dell'interesse pubblico – per motivi "sopravvenuti", e dunque non conosciuti né conoscibili al momento della stipula dell'accordo, vista l'incidenza che detta decisione ha inevitabilmente sugli interessi della controparte e sull'affidamento da essa riposto. Non sarebbe consentito un ripensamento *tout court* inteso come *ius poenitendi* in senso stretto ma il ripensamento deve discendere da un contrasto con la tutela degli interessi generali che rende incompatibile la sopravvivenza del rapporto instaurato (T.A.R. Lazio Roma, sez. II-*quater* - 13/11/2019 n. 13010, che ha affermato che l'accordo sottoscritto "non può ritenersi che ... abbia determinato una cristallizzazione degli interessi pubblici coinvolti tale da renderlo impermeabile alla possibile sopravvenienza di nuovi (e contrastanti) interessi pubblici a norma dell'art. 11, comma 4, della L. n. 241 del 1990"). In tal senso anche T.A.R. Bologna, sez. II, 6.7.2020, n. 459.

³⁸ Tali sono considerati, ad esempio quelli di tipo finanziario. Cfr. *Consiglio di Stato* sez. III, 19.6.2018, n. 3748.

³⁹ *Consiglio di Stato* sez. VI, 23 novembre 2011, n. 6162.

⁴⁰ Quale corollario del principio di inesauribilità del potere pubblico, che caratterizza l'esercizio delle funzioni pubbliche *Consiglio di Stato* sez. V, 12.9.2017, n. 4304.

li in cui l'apporto del privato è apparso più penetrante, sia con riferimento all'oggetto della partecipazione, che al momento in cui essa si svolge.

Tale tendenza è evidente in alcuni istituti di amministrazione "concertata" attraverso cui la pubblica amministrazione, con riferimento a materie di particolare delicatezza o capaci di incidere sul tessuto economico, agisce secondo uno schema negoziale che si sostituisce all'esercizio del potere autoritativo, in favore di soluzioni condivise tra più enti pubblici e con i privati⁴¹.

Alcune di queste forme di collaborazione, come l'accordo di programma introdotto dall'art. 27 della legge n. 142/90 sulle autonomie e successivamente ripreso dall'art. 34 del D. lgs. 267/00, si collocano nell'ambito pubblicistico, attuandosi attraverso strumenti concertativi che seguono uno schema non dissimile dagli accordi fra pubbliche amministrazioni previsti dall'art. 15 della Legge 241/90⁴². La partecipazione dei

⁴¹ Sull'argomento, A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2005. Il fenomeno ha coinciso con il processo di valorizzazione delle autonomie locali, avviatosi nella seconda metà degli anni Novanta per poi approdare alla nota riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, con l'introduzione del principio di sussidiarietà nella sua accezione verticale come criterio di attribuzione delle funzioni amministrative. In particolare, la moltiplicazione e la nuova distribuzione dei centri decisionali ha fatto emergere l'esigenza di creare convergenze su fini comuni di crescita, soprattutto nello sfruttamento di misure economiche volte a favorire lo sviluppo locale. V. MANZELLA, *Vicende di un istituto di programmazione negoziata: i patti territoriali* in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 1997, 789 ss.

⁴² Il tema della natura giuridica dell'accordo di programma si inserisce nel più risulante dibattito sulla natura dei contratti di diritto pubblico ossia sulla possibilità di utilizzare schemi dell'autonomia negoziale per l'esercizio della funzione amministrativa, nel caso in cui l'amministrazione sia chiamata a svolgere valutazioni discrezionali (F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.d., ma 1965; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997). Tale è stato lungamente ed ampiamente dibattuto fra coloro che hanno attribuito valore caratterizzante all'elemento negoziale (cfr. G. MANFREDI, *Modelli contrattuali dell'azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Le Regioni*, 1992, 349 ss.) coloro che invece hanno posto l'accento sull'oggetto pubblico e il fine di coordinamento delle amministrazioni partecipanti (cfr. G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, 1635 ss.) e coloro che, infine, hanno riconosciuto una natura peculiare e diversa sia dal

privati, quindi, è inizialmente esclusa dall'istituto generale e quando è prevista, come in alcune varianti disciplinate da leggi settoriali o regionali⁴³, non è maggiore di quella garantita negli accordi procedurali, essendo riservate alla sfera pubblica le scelte fondamentali in ordine alla definizione e all'attuazione delle modalità di azione integrata e coordinata per il raggiungimento del fine pubblico⁴⁴.

Su tale modello, si inseriscono però gli istituti di sostegno all'occupazione e allo sviluppo, introdotti nell'ambito delle misure di razionalizzazione della finanza pubblica dalla legge n. 662 /1996. Tali strumenti, genericamente ricondotti in dottrina alla categoria della "programmazione negoziata"⁴⁵, pur differenziando in base alle finalità i soggetti ammessi a partecipare, producono tutti l'effetto di anticipare il contributo del privato alla fase della proposta o della scelta delle modalità di realizzazione di interventi e programmi diretti alla creazione di sviluppo

contratto di diritto privato che dal provvedimento amministrativo (cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1994, 146). Di recente, il Consiglio di Stato ha ricondotto tali accordi alla categoria generale degli accordi con i privati art. 11 e fra amministrazioni di cui all'art. 15 della L. n. 241/1990, ritenendo che ad essi non fosse da applicare integralmente la disciplina civilistica in tema di obbligazioni e contratti ma i soli i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili" (art. 11, comma 2), valorizzando « la spendita del potere amministrativo e la preordinazione del medesimo al perseguimento dell'interesse pubblico primario allo sfruttamento del complesso immobiliare per finalità culturali, ricreative e turistiche di comune apprezzamento». (Consiglio di Stato, Sez. IV, nella sentenza 9 marzo 2021, n. 1948).

⁴³ E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992. Fra le leggi regionali dell'epoca, si segnalano: l'art. 28 della legge regionale Sardegna n. 45; l'art. 13 della l.r. Veneto n. 40 del 1990 *l'art. 3 della legge regionale Toscana n. 76 del 1996*; l'art. 58 della legge regionale Liguria n. 36 del 1997; l'art. 11 della legge regionale Calabria n. 19/01.

⁴⁴ Il coinvolgimento si svolge, infatti, su un piano ancora prevalentemente collaborativo nella esecuzione di previsioni già ben definite costituendo, in questo caso, un modulo alternativo all'esercizio per atti della funzione amministrativa attuativa di scelte programmatiche già assunte da soggetti pubblici. In tal senso, Cass., Sez. un., 4 gennaio 1995, n. 91 che ha escluso la partecipazione dei privati agli accordi di programma, ritenendone possibile il coinvolgimento solo in fase attuativa.

⁴⁵ La più organica ricostruzione degli istituti in questione è, ancora oggi quella della richiamata opera di Contieri. Per una ricostruzione più recente, C. RENZO, *La programmazione negoziata nell'ordinamento giuridico*, Milano 2007,

ed occupazione, in particolare in zone economicamente depresse del paese⁴⁶.

Così, sebbene il fine generale individuato dalla legge o dall'amministrazione implichi l'adozione di decisioni istituzionali a monte circa la allocazione di risorse finanziarie destinate alla programmazione negoziata, tale attività vede coinvolti, in egual misura, soggetti pubblici e privati, superando il limite partecipativo dell'accordo di programma che, peraltro, viene utilizzato come strumento nelle procedure di attuazione di queste nuove misure, sia nella forma generale prevista dalla legge sulle autonomie che nella peculiare forma dell'accordo di programma quadro prevista dalla legge n. 662/96.⁴⁷

Nello stesso periodo, la partecipazione attiva del privato negli accordi di programma in materia ambientale viene espressamente prevista nel D. lgs. n. 152/99, poi riproposto dalle norme in materia ambientale del D.lgs. n. 152/06 (cosiddetto codice dell'ambiente)⁴⁸.

Si tratta di disposizioni che si rivolgono non ai singoli ma alle associazioni imprenditoriali rappresentative sul piano nazionale, alle imprese e agli organismi intermedi come i consorzi privati senza fine di lucro, attraverso cui gli imprenditori associati, garantiscono il raggiungimento degli obiettivi previsti dalla legge.

⁴⁶ F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in "Dereito", *Articolo in rivista*, 2007, 57; B. CIVILLA, *Gli accordi della P.A.: l'azione amministrativa tra consenso e collaborazione*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 4, 2013, 40.

⁴⁷ Si determinano così le condizioni per una interpretazione evolutiva dell'istituto nell'ordinamento «in virtù delle grandi trasformazioni che si sono avute nel rapporto amministrazione società nell'ultimo decennio, interpretazione che deve far leva sulla non esplicita esclusione da parte della norma della veste del privato come parte dell'accordo». A. CONTIERI, op. cit., 130. ID., *Accordo di programma e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, 595 ss.

⁴⁸ Recante "Disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento e recepimento della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole". Successivamente l'istituto è stato recepito nel D.lgs. n. 152/06 ed esteso nel settore dei rifiuti: alla organizzazione del "circuito organizzato di raccolta (art. 183); alla gestione degli imballaggi (art. 224); allo smaltimento degli pneumatici (art. 228); alle bonifiche dei siti contaminati (art. 248) e per la riconversione industriale (art. 252 bis).

L'iter di formazione degli atti resta sotto la direzione pubblica e il processo decisionale dà per presupposte la persistenza e prevalenza del potere amministrativo, quale garanzia della preminenza degli interessi pubblici in rilievo rispetto alla platea differenziata di quelli privati⁴⁹.

Tale approccio è stato fortemente influenzato dal dibattito sull'amministrazione di risultato cui già negli anni ottanta autorevole dottrina faceva riferimento ponendola in contrapposizione alla amministrazione per atti⁵⁰ in base alla quale i criteri di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, positivizzati nella legge sul procedimento come corollari del principio di buon andamento,⁵¹ fossero indici di ragionevolezza e logicità delle scelte amministrative e nella loro adozione non dovesse essere considerata come esclusiva la modalità unilaterale di esercizio della funzione pubblica⁵².

Attraverso gli istituti di programmazione negoziata, dunque, la partecipazione è anticipata alla fase di determinazione delle scelte attuative anche rilevanti, ma resta mite.

Essa non appare, infatti, finalizzata a realizzare una stabile e generalizzata interazione fra attori istituzionali e popolazione di riferimento sulla individuazione dei bisogni da soddisfare attraverso l'attività amministrativa⁵³.

⁴⁹ In tale assetto, la tutela sul corretto esercizio è affidata al giudice amministrativo entro i limiti del sindacato di legittimità dell'attività di ponderazione comparativa degli interessi valutati che gli consente, però, di svolgere un controllo intrinseco avvalendosi delle conoscenze tecniche «appartenenti alla medesima scienza applicata dalla amministrazione. Cfr. Cons Stato, sez, VI, n. 2302/2014.

⁵⁰ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, pp. 722 ss.; L. IANNOTTA, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione del risultato*, in *Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (rivista on line)*, anno III, 5, 2006, 1.

⁵¹ A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), Milano, 2017, 40 ss.

⁵² A. ANDREANI, *Funzione amministrativa, procedimento partecipazione* nella l. 241/90 *A quarant'anni dalla promulgazione di Feliciano Benvenuti*, in AA.VV. *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, 662: «la legge stessa recepisce più o meno esplicitamente i tre tipi di procedimento enucleati, legittimando sul piano positivo i diversi modi di intendere il procedimento stesso e cioè procedimento/istruzione, procedimento/contraddittorio e procedimento collaborazione».

⁵³ Per una attenta analisi degli aspetti teorici del modello relazionale V. MOLASCHI, *Economia collaborativa e beni comuni* in *Il diritto dell'economia*, 2, 2020, 345-372.

Il coinvolgimento avviene piuttosto secondo schemi importati al modello aziendalistico⁵⁴ per cui su un obiettivo complesso ma specifico da raggiungere che ha sempre contenuto economico (di recupero e sviluppo di aree economicamente depresse), è ricercato l'apporto collaborativo anche attraverso l'iniziativa progettuale, dei cosiddetti *stakeholder*, ossia di quei privati, costituiti essenzialmente da operatori economici portatori di un capitale finanziario e di professionalità utili alla realizzazione dell'interesse pubblico e da operatori sociali portatori di interessi conciliabili o contrastanti fra essi e con l'interesse pubblico⁵⁵.

Tale modello di amministrazione, apre ad una collaborazione sociale nella valutazione fra più possibili opzioni legittime e rispondenti alla causa per cui il potere amministrativo è esercitato che è il contenuto stesso della discrezionalità amministrativa⁵⁶, realizzando un tipo di scelta alternativa rispetto alla decisione unilaterale adottata secondo lo schema procedimentale classico in cui la "ponderazione comparativa degli interessi" è svolta solo dall'amministrazione⁵⁷.

Pure nella legislazione statale e regionale, si è assistito alla introduzione di istituti che hanno previsto un sempre maggiore allargamento della sfera soggettiva e oggettiva della partecipazione, ricomprendendo anche procedimenti di approvazione di atti generali, sulla base di una piattaforma aperta alla concertazione da parte dell'amministrazione⁵⁸.

⁵⁴ M. IANNIELLO, *Governance partecipata negli enti locali: una prospettiva economico-aziendale*, Milano, 2016.

⁵⁵ L'attività resta prevalentemente connotata dall'esercizio della funzione pubblica, ma i privati partecipano attivamente all'analisi dei punti di forza e debolezza (secondo lo schema privatistico della *swot analysis*) della iniziativa da realizzare e non si limitano, secondo le regole generali del procedimento amministrativo, a rappresentare le proprie esigenze e gli argomenti a favore o a sfavore, in relazione all'interesse pubblico perseguito. E. BORGONOVÌ, *Considerazioni per una teoria degli stakeholder nelle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2007.

⁵⁶ Così Virga definisce la discrezionalità amministrativa in P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 20.

⁵⁷ Il riferimento è alla celebre definizione della discrezionalità amministrativa, data dal Giannini in *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, Vol. II, p. 47 e ss. Per una riflessione profonda sulla evoluzione del concetto di discrezionalità F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2000, 1045 ss.

⁵⁸ A livello di legislazione statale, il descritto approccio è recepito nel nostro codice

dell'ambiente che all'art. 3 ter, rubricato "principi dell'azione ambientale", prevede proprio che «la tutela dell'ambiente deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche e private». M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative*, Milano, 2019, 249 ss. Di recente, G. PEPE, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 2, 2020.

Sul piano regionale sebbene non espressamente richiamato, il modello deliberativo non è del tutto assente. Esso è, infatti, deducibile dalle disposizioni di alcuni statuti regionali (Cfr.: art. 9, comma 3, stat. Calabria; artt. 1, comma 3, e 11 stat. Campania; art. 15, in part. commi 1 e 2, stat. art.12, in part. comma 2, stat. Abruzzo; art. 3stat. Basilicata; artt. 2, comma 2, lett. m) nonché 4, in particolare commi 1 e 2; Emilia-Romagna; art. 6, comma 7, stat. Lazio; art. 6 stat. Liguria; artt. 2, comma 3;8, commi 1 e 3; 9 stat. Lombardia; art. 39, comma 1, stat. Marche; art. 9, comma1, lett. i) nonché titolo II stat. Molise; artt. 2, comma 2, e 72, comma 2, stat. Piemonte;14, comma 3, stat. Puglia; art. 72, in part. comma 1, stat. Toscana; art. 20, commi 1 e 2, stat. Umbria; art. 9 stat. Veneto). In particolare, la disciplina prevista nello statuto dell'Emilia-Romagna dedica l'art. 17 all'istruttoria pubblica nei procedimenti di formazione di atti normativi o amministrativi a carattere generale. Tale istruttoria, può essere indetta dal Consiglio regionale anche su richiesta di almeno cinquemila persone e si svolge in forma di contraddittorio pubblico. Il provvedimento finale è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie e tale circostanza ha conferito credibilità all'istituto attraverso cui, è stato osservato, si è raggiunto un discreto risultato in termini di incremento e tasso di partecipazione ai processi decisionali regionali.

Lo statuto della Basilicata, all'art. 13, sancisce il principio individuando «nella partecipazione democratica il momento fondamentale per la determinazione della politica regionale». Inoltre, prevede, all'art. 16, l'istruttoria pubblica nei procedimenti concernenti la formazione di atti amministrativi di programmazione o aventi carattere generale. Anche qui, il ricorso allo strumento è facoltativo e viene sollecitata l'aggregazione in associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse non individuale. Viene, infine, previsto che il provvedimento conclusivo sia motivato con riferimento alle risultanze istruttorie, demandando alla legge regionale la disciplina dei casi in cui può procedersi a istruttoria pubblica. P. VIPIANA, *La democrazia deliberativa a livello regionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2018. Per una ricognizione sugli istituti partecipativi negli statuti regionali B. MERCURIO, *Società*, cit. p. 90. Tra le regioni a statuto ordinario, sono numerose le leggi che hanno disciplinato la partecipazione in settori specifici, come ad esempio la pianificazione territoriale, l'assistenza, la sanità, il commercio, il turismo e l'industria (Cfr. l.r. Toscana, n.69/07 prima e 46/2013 sul dibattito pubblico in cui è riconosciuta la partecipazione ai processi deliberativi a tutti coloro che risiedono nel territorio regionale, compresi gli stranieri e gli apolidi, purché regolari e coloro che vi lavorano, studiano o soggiornano nel dibattito pubblico per "grandi interventi" e nel sostegno ai processi partecipativi; la l. r. Puglia n. 28/2017, definisce come partecipativi quei processi che prevedono attività di informazione, formazione, progettazione, elabo-

Si è persino affacciata la possibilità di contribuire, sebbene in fase attuativa, alla individuazione stessa dell'interesse da perseguire fra più opzioni possibili, condividendo, in un certo senso, una quota del potere discrezionale con la p.a. nelle scelte incidenti sul tessuto sociale ed economico del territorio e quindi della comunità, negli istituti, del bilancio partecipativo⁵⁹ e del dibattito pubblico⁶⁰ che però sono scarsamente uti-

razione e discussione congiunta tra attori pubblici e attori privati e introduce il *town meeting*, ossia un incontro annuale dei sindaci e degli amministratori di enti locali sul programma di governo regionale, e i *citizen meeting*, ossia incontri tematici su base territoriale non predefinita nella quale vengono coinvolti i titolari del diritto di partecipazione., la l. r. Umbria n. 14/2010 che definisce la consultazione come strumento che permette il coinvolgimento dei soggetti interessati nell'esercizio delle funzioni degli organi regionali. Cfr. C. EQUIZI, *La democrazia deliberativa: l'esperienza delle regioni italiane*, in *dirittifondamenti.it*, 2, 2021, 519.

⁵⁹ In cui la comunità partecipa alla costituzione e alla successiva gestione di una quota del bilancio di previsione dell'ente locale, potendo così influire sull'allocatione delle risorse o meglio, su una parte di esse. Dal "bilancio partecipativo" si distingue il più diffuso "bilancio partecipato" che risponde ad esigenze di informazione e trasparenza, ma non lascia spazio alle istanze dei singoli o dei portatori di interessi nel procedimento. V. MOLASCHI, *Le arene deliberative: contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018.

⁶⁰ Il D.P.C.M. n. 76, del 10 maggio del 2018, ha da disciplinato il dibattito pubblico, che all'art. 2 viene definito come il "processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico sull'opportunità, sulle soluzioni progettuali di opere, su progetti o interventi di cui all'Allegato 1". L'art. 1, invece, individua il momento temporale di attuazione del dibattito, prevedendo che la procedura deliberativa abbia ad oggetto la prima fase dell'iter di programmazione delle opere pubbliche, collocandola quindi in un segmento temporale in cui ogni opzione è ancora vagliabile, compresa la c.d. opzione zero, ossia la non realizzazione dell'infrastruttura. È interessante notare come la legislazione nazionale, sulla scorta del modello francese all'estero e della legge regionale Toscana n. 60/07 e del D.lgs. n. 50/2016 che per prima aveva sperimentato l'istituto nell'ordinamento interno, preveda ipotesi di avvio obbligatorio e facoltativo di dibattito pubblico (art. 3 D.P.C.M. 76/2018). Per una ricostruzione dell'istituto A. LULLO, *il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte)* in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2018. Per una critica sulla effettiva portata dell'istituto troppo concentrato su aspetti particolari, A. BARONE, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 6, 2018. Sulla disciplina del dibattito pubblico dettata dal codice dei contratti pubblici, con riferimento ai limiti che derivano dalla ineffettività della disciplina in materia di pianificazione delle infrastrutture di trasporto M. RAGUSA, *Nel cortile di chi? Dibattito pubblico e pianificazione delle grandi opere di interesse nazionale (con particolare riguardo alle infrastrutture di trasporto)*; M. IMMORDINO, *Commento all'art. 22*, in *Codice*

lizzati⁶¹, non vincolanti⁶² e sui quali si assiste ad un tendenziale arretramento negli ultimi interventi normativi statali⁶³.

Tali ultimi strumenti hanno certamente accresciuto il dialogo fra Stato apparato e comunità attraverso modelli che però, anche nelle versioni più aperte, non hanno mutato la natura della partecipazione che si configura sempre come il «“prendere parte” ad un processo di decisione di soggetti diversi da quelli ai quali un ordinamento attribuisce istituzionalmente la competenza a provvedere e che ordina stabilmente per questo scopo»⁶⁴.

La giurisprudenza, infine, ha riconosciuto la possibilità di ricorrere a strumenti di sollecitazione ed induzione per via giudiziaria di provvedimenti ritenuti necessari, pur se non vincolati, mediante la richiesta di attivazione di determinati poteri pubblicistici, anche di tipo discrezionale, nel caso di inerzia degli enti competenti⁶⁵. Tanto, sul presupposto

dei contratti pubblici, a cura di G.M. ESPOSITO, Vol. I, Torino, 2017.

⁶¹ Uno studio del 2016 ha evidenziato come in Italia oltre la metà delle esperienze di bilancio partecipativo si siano bruscamente interrotte dopo solo un anno dall'inizio della sperimentazione e che solo il 24,14% delle amministrazioni sia riuscita a ripetere più di due cicli. L. BARTOCCI, G. GROSSI, D. NATALIZI, S. ROMIZI, *Lo stato dell'arte del bilancio partecipativo in Italia*, in *Azienda pubblica*, 1, 2016.

⁶² Il riconoscimento di una portata vincolante degli esiti del dibattito, infatti, inciderebbe su scelte che, attenendo alla attività di programmazione, rientrano nel merito amministrativo e sono sindacabili in sede giurisdizionale solamente sotto il profilo della manifesta irragionevolezza, per cui soggette al sindacato debole del giudice amministrativo, come rilevato anche di recente dal Consiglio di Stato che ha fatto espresso richiamo alla natura discrezionale della scelta evidenziando che la valutazione complessiva delle priorità, in ragione della visione complessiva dei problemi, resta in capo all'amministrazione che «ben può rivedere le priorità in base alle esigenze concrete». Cfr. Consiglio di Stato sez. V, n. 5871/2021.

⁶³ Nel nuovo codice dei contratti pubblici, D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, l'articolo 40 rimanda per la disciplina specifica del dibattito pubblico all'Allegato numero I.6 del Codice, abrogato da un regolamento adottato con decreto del Presidente del Consiglio per cui oggi la partecipazione dei singoli cittadini al dibattito pubblico risulta esclusa mentre è consentita alle sole amministrazioni interessate e ai portatori di interesse collettivo.

⁶⁴ M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in ID., *Scritti giuridici*, 1996, 1414.

⁶⁵ Sulla legittimazione di un comitato cittadino a chiedere un provvedimento espresso da parte del sindaco nell'ambito dei suoi poteri di vigilanza sulle industrie insalubri e pericolose volto a prevenire, situazioni di inquinamento. Presupposto per

che, non solo quando l'azione amministrativa sia da ritenersi doverosa, ma anche quando «ragioni di giustizia ed equità ne impongano l'esercizio, l'eventuale inerzia dell'amministrazione deve poter essere superata mediante una procedura ad istanza di parte benché non sussista un espresso obbligo di provvedere previsto dalla legge»⁶⁶.

Sebbene sia necessaria l'intermediazione del giudice che accerti i presupposti a base della invocata necessità di agire, non vi è dubbio che, attraverso detti strumenti sollecitatori, viene consentito ai privati di compiere la valutazione, propria della funzione amministrativa, sul "se" sia necessario provvedere prima ancora che sul "come"⁶⁷.

Dal quadro descritto si ricava che nell'attività unilaterale l'attuazione della democrazia deliberativa è affidata sostanzialmente alla volontà e alla sensibilità della singola amministrazione di coinvolgere i privati nella determinazione dei fini da perseguire⁶⁸, non esistendo una disciplina generale sulla partecipazione ai procedimenti di adozione di atti di pianificazione e di atti normativi e generali che quando è prevista, in alcuni istituti particolari introdotti da norme di livello statale e regionale, è priva di una adeguata forza cogente che le dia effettività.

3. Segue: *Valenza e stato attuale nell'attività di interesse generale*

Solo apparentemente diverso è il discorso relativo alle attività di interesse generale attinenti alla garanzia delle fondamentali libertà sociali che non essendo «riconducibili né allo Stato né al mercato (...) in quanto espressive di una relazione di reciprocità»⁶⁹ andrebbero svolte, fin

l'esercizio di siffatto potere è la sussistenza di un concreto pericolo per l'ambiente e dunque per la salute pubblica, da valutare complessivamente a seguito istruttoria, ricorrendo all'ausilio di conoscenze tecniche degli organismi competenti in materia sanitaria ed ambientale. Cfr. T.A.R. Veneto, sez. II, 16 dicembre 1997, n. 1754; T.A.R. Lecce, sez. I, 7 luglio 2009, n. 1786.

⁶⁶ Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975.

⁶⁷ M. BROCCA, *Interessi ambientali e decisioni amministrative*, Milano, 2019, 249 ss. Da ultimo, G. PEPE, *La democrazia partecipativa ambientale tra ordinamenti sovranazionali ed ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 2, 2020.

⁶⁸ S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 13.

⁶⁹ D. DE PRETIS, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in

dalla loro programmazione, in modo condiviso, sulla base del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost il quale «comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione fra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico (...)»⁷⁰ ed è considerato principio generale cui le pubbliche amministrazioni devono attenersi nel disciplinare i loro rapporti con il privato organizzato, non potendo ascrivere alla loro competenza esclusiva le scelte organizzative nelle materie afferenti dette libertà.

Di tale interpretazione è persuasa la Corte costituzionale che, nella recente sentenza n.131/2020⁷¹ ripresa anche in pronunce successive⁷², ha evidenziato la natura “non sinallagmatica” del rapporto che si instaura nei settori attinenti ai diritti sociali fra amministrazione e privato sociale, espressione di una forma di “amministrazione condivisa”⁷³ in cui sembra postulata la necessità del coinvolgimento dei privati sotto tutti i profili decisionali, anche quelli generali.

Tuttavia, il comma 4 dell'art. 118, nella parte in cui prevede che le amministrazioni repubblicane di ogni livello *favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale*, autorizza una interpretazione restrittiva che non obbliga le amministrazioni al coinvolgimento della comunità nell'esercizio della funzione di determinazione degli interessi da perseguire, ma solo

L'amministrazione condivisa, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 36.

⁷⁰ Corte Costituzionale, 28 febbraio 1992, n.75 in *Regioni* 1993, 102. Il principio è stato affermato altre volte nella giurisprudenza costituzionale già precedentemente alla riforma del Titolo V del 2001 che ha espressamente introdotto il principio di sussidiarietà orizzontale e delle leggi Bassanini che la avevano anticipata nel 1997. Nella sentenza della Corte Costituzionale, 28 dicembre 1995, n. 519 ad esempio, si legge « la coscienza sociale ha compiuto un ripensamento a fronte di comportamenti un tempo ritenuti pericolo incombente per una ordinata convivenza, e la società civile consapevole dell'insufficienza dell'azione dello Stato ha attivato autonome risposte, come testimoniano le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere, e la loro regola, dal valore costituzionale della solidarietà».

⁷¹ Corte Costituzionale, 26 giugno 2020, n.131.

⁷² Corte Costituzionale, 15 marzo 2022, n.72 in *Giurisprudenza Costituzionale* 2022, 2, 833.

⁷³ V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 26.

in quella successiva relativa allo svolgimento delle attività in cui, invece, le formazioni sociali diventano protagoniste .

In questo senso, il richiamo alla fase dello svolgimento delle attività sembra qualificare la partecipazione dei privati come contributo a contestualizzare il fine pubblico, specificandolo, con il loro apporto e cooperando nella individuazione dei bisogni peculiari del territorio in cui le scelte vanno a incidere, nella individuazione delle misure più idonee per realizzarli e nella gestione in via prioritaria delle stesse.

Di questo secondo gruppo di attività, infatti, “l’autonoma iniziativa dei cittadini” viene riconosciuta come assegnataria in via principale sulla base del richiamato principio di sussidiarietà orizzontale⁷⁴, con la conseguenza che l’amministrazione dovrebbe ricorrere a modalità diverse di svolgimento solo quando, non essendo adeguatamente perseguibile lo scopo da parte degli enti privati⁷⁵, essa assume la titolarità diretta delle attività.

Ne consegue, ed è questo allo stato il solo riconoscimento di rilievo alla comunità organizzata rispetto a quanto avviene nell’attività unilaterale, che a valle del processo condiviso di co-programmazione solo eccezionalmente l’amministrazione potrà ricorrere alla produzione diretta o al mercato ordinario degli operatori economici per soddisfare i bisogni della comunità la cui cura dovrà, invece, essere prioritariamente affidata al terzo settore, mediante le peculiari procedure a ciò finalizzate se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato⁷⁶.

⁷⁴ Sul tema, F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 2020. Il Consiglio di Stato, subito dopo la riforma del Titolo V, ha precisato che il principio di sussidiarietà orizzontale consente di intendere il concetto di autonomia privata non solo nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria quando l’autonomia è orientata alla realizzazione dei bisogni individuali, ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per «attività strumentali» mediante le quali si persegue la realizzazione delle «utilità generali», così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi. nel parere 6 marzo 2002, n.1354 in *Foro amm.* CDS 2002, 2607.

⁷⁵ Giurisprudenza. Cfr. Corte Costituzionale, 9 aprile 2019, n.79 in *Foro Amministrativo*, 6, 2020, 1155.

⁷⁶ L’art. 56 del codice prevede che le amministrazioni pubbliche possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizza-

Anche quando l'attività rivesta carattere economico, peraltro, la giurisprudenza ha evidenziato che l'ordinamento è oramai fondato sulla sussidiarietà orizzontale tra operatori sanitari pubblici e privati accreditati⁷⁷, fermo restando il rispetto, in questo secondo caso delle regole particolari sulla concorrenza oggi in parte disciplinate nel Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36⁷⁸.

Sembrano esserci pertanto due livelli; il primo attinente all'esercizio della funzione in senso tecnico⁷⁹, affidato al dialogo multilivello fra le amministrazioni pubbliche⁸⁰ e il secondo relativo alla definizione delle modalità di svolgimento, alla graduazione degli interventi sulla base delle risorse disponibili, alla contestualizzazione del fine, e alla gestione,

te allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato. Il successivo art. 57, a sua volta, stabilisce che l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possa avvenire in via prioritaria, alle organizzazioni di volontariato.

⁷⁷ In tal senso, Consiglio di Stato sez. III, 7 dicembre 2021, n.8164 in Foro amm. 2021, 1467. Gli ETS, ha poi chiarito la Corte costituzionale, possono operare senza scopo di lucro o "scegliere di svolgere attività economica - accettando i correlati vincoli, primo dei quali la rinuncia alla massimizzazione del profitto, operando in un "mercato qualificato", quello della welfare society, distinto da quello che invece risponde al fine di lucro. Cfr. Corte Costituzionale, 15 marzo 22 n.72.

⁷⁸ L'art. 173 per l'aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi assimilati rinvia agli articoli 127, 128, 129, 130, e 131 e al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 in cui sono previste disposizioni particolari per alcuni contratti dei settori ordinari che garantiscono comunque la concorrenza.

1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 141, comma 2, per l'aggiudicazione degli appalti di servizi sociali e di altri servizi assimilati di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 nei settori speciali di cui al presente Libro si applicano gli articoli 127, 128, 129, 130, e 131, fermo restando quanto previsto dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.

⁷⁹ Intese in senso stretto, ossia come quelle attività che si estrinsecano nell'esercizio del potere Cfr. L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna 1993, 725.

⁸⁰ Secondo il principio di sussidiarietà verticale e sulla base dei doveri inderogabili posti in capo allo Stato apparato dal principio di uguaglianza sostanziale, sancito all'art. 3 comma 2 Cost nonché dalle specifiche norme di settore in cui il legislatore ha già determinato l'assetto degli interessi.

condiviso con i privati in cui, solo, opera il principio di sussidiarietà orizzontale⁸¹.

Siffatto assetto, però, non pare riconducibile al modello della democrazia deliberativa, mancando il coinvolgimento del privato nell'esercizio della funzione. Esso appare piuttosto una forma ibrida in cui la programmazione pubblica generale, approvata dalle amministrazioni secondo uno schema prettamente procedimentale, aperto al contributo dei privati, ma sostanzialmente unilaterale, viene integrata nella fase di progettazione e svolgimento dall'apporto dei privati i quali, dimostrando di essere in grado di attuare il fine pubblico, assumono anche la responsabilità in via principale, delle attività materiali⁸².

Non a caso, è in questo più ristretto ambito che di recente si sta assistendo all'affermazione di istituti in cui è fortemente valorizzato il contributo della società organizzata capace di offrire una alternativa alla erogazione da parte dell'amministrazione di servizi e prestazioni, così rendendo meno necessario impiegare risorse pubbliche «là dove operano o sono in grado di operare, i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall'apporto disinteressato dei singoli»⁸³.

Questi istituti si realizzano attraverso enti di diritto privato espressione dell'autonomia privata (associazioni, cooperative, fondazioni, di comunità) individuati dall'art. 4 del decreto legislativo 3 luglio 2017, n.

⁸¹ M. INTERLANDI, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Dir. e Soc.*, 2022.

⁸² La legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, 8 novembre 2000, n. 328 ad esempio, prevede una organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali ancora incentrato sulle competenze dei soggetti istituzionali tenuti nell'esercizio delle funzioni a promuovere, nell'ambito del sistema locale dei servizi sociali a rete, risorse delle collettività locali tramite forme innovative di collaborazione per lo sviluppo di interventi di auto-aiuto e per favorire la reciprocità tra cittadini nell'ambito della vita comunitaria (art. 6 comma 3 lett a) o d) effettuare forme di consultazione delle organizzazioni non profit e della cittadinanza attiva per valutare la qualità e l'efficacia dei servizi e formulare proposte ai fini della predisposizione dei programmi (art. 6 comma 3 lett. d). Il tutto in una cornice stabilita dall'art. 1 in cui gli enti locali, le Regioni e lo Stato, nell'ambito delle rispettive competenze, riconoscono e agevolano il ruolo degli organismi non lucrativi (comma4) nella progettazione e nella realizzazione concertata degli interventi (comma5).

⁸³ Cons. Stato atti norm., 06/03/2002, n.1354, cit.

117 (codice del terzo settore)⁸⁴ che, ai sensi del citato codice, l'ordinamento è tenuto a sostenere (art. 1) anche mediante forme di cooperazione con lo Stato, le Regioni, le Province autonome e gli enti locali (art. 2).

Il successivo art.55 assicura il coinvolgimento attivo di tali enti attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, e quindi secondo i modelli analizzati in precedenza dell'amministrazione unilaterale cui pure riconduce il successivo comma 2 quando prevede che l'individuazione dei bisogni, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili sono compiti dell'amministrazione che la stessa deve svolgere mediante il ricorso al dialogo collaborativo con gli enti del privato sociale organizzato.

Siffatto approccio è confermato dalle successive linee guida in materia di attività sociali adottate nel 2021⁸⁵, in cui il procedimento di co-programmazione è articolato, secondo lo schema classico del provvedimento amministrativo, nelle fasi di avvio anche su istanza di parte, di istruttoria affidata ad un responsabile, di partecipazione collaborativa e di conclusione.

Più aperto è invece il procedimento di co-progettazione in cui, a valle della programmazione, si assumono le scelte gestionali, queste effettivamente condivise con gli enti del terzo settore che vi partecipano a seguito di un apposito avviso pubblico, mediante sessioni dedicate di lavoro che si possono concludere con la decisione di far svolgere l'attività a uno o più enti mediante convenzione o accreditamento.

Gli enti del terzo settore, dunque, non diversamente da quanto visto a proposito dell'amministrazione negoziata nell'attività unilaterale, ven-

⁸⁴ In base al quale "Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore".

⁸⁵ Decreto Ministro del Lavoro e delle politiche sociali 31 marzo 2021 n. 72.

gono in rilievo soprattutto per il “risultato” che sono in grado di assicurare nel momento gestorio più che in quello di indirizzo politico e come tali sono accolti all’interno del nuovo codice dei contratti pubblici che, all’art. 6, prevede la facoltà (non l’obbligo) per la pubblica amministrazione di apprestare “modelli organizzativi” fondati sulla condivisione della funzione amministrativa.

Mentre, quindi, siamo in presenza di un paradigma fortemente innovativo sotto il profilo dello svolgimento delle attività affidate in via prioritaria alla collettività e solo in via sussidiaria al potere pubblico⁸⁶, non altrettanto può sostenersi delle scelte di indirizzo sull’esercizio della funzione sottesa alla amministrazione del settore, per le quali la partecipazione del corpo sociale costituisce ancora una forma di collaborazione⁸⁷ e pur sempre una opzione cui l’ente pubblico può non aderire. Tanto più che, come è stato correttamente osservato «la tradizionale impostazione del nostro diritto amministrativo (il potere, il procedimento, le forme vincolate dell’azione: insomma, autorità e libertà!) ha un peso fortissimo nel sentire comune degli operatori»⁸⁸.

In questo senso, l’idoneità del modello di amministrazione condivisa a produrre il valore aggiunto cui tende la democrazia deliberativa dipende da quanto spazio viene assicurato alla partecipazione del privato nella fase della pianificazione e programmazione delle attività “territoriali” che, come visto solo formalmente, appaiono oggi co-determinate, ma sono ancora sostanzialmente unilaterali competendo in via esclusiva al potere pubblico la identificazione degli interessi da perseguire⁸⁹.

Perché si realizzi il modello deliberativo occorre, infatti, il coinvolgimento dei privati nella formazione degli atti di indirizzo⁹⁰, non essen-

⁸⁶ V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione condivisa*, cit., 28; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *www.astrid-online.it*, 2023; M.A. SANDULLI, *Procedure di affidamento e tutele giurisdizionali: il contenzioso sui contratti pubblici nel nuovo codice*, in *www.federalismi.it*, 2023.

⁸⁷ In questo senso, M. TIBERII, *Il ruolo degli enti no profit nell’attività pubblica di programmazione e coprogettazione*, in *Amministrativ@mente*, 4, 2019, 84.

⁸⁸ Così V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione condivisa*, cit., 29.

⁸⁹ L. GIANI, *L’amministrazione tra appropriatezza dell’organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2021.

⁹⁰ E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell’ordinamento giuridico italiano* in *Diritto e Società*, 3, 2016, 495.

do sufficiente quello nelle attività che li sostanziano che, in questo secondo caso, ha il più limitato, sebbene importante, fine di rispettare e valorizzare le energie individuali, impegnandole direttamente per la realizzazione di quelle che sono avvertite come utilità collettive ed esigenze proprie della comunità⁹¹.

Occorre, in buona sostanza che la partecipazione rivesta carattere politico attraverso il coinvolgimento delle forze sociali nella definizione dell'interesse pubblico da parte delle istituzioni⁹² che ne hanno la competenza⁹³.

Anche in questo caso, quindi, come per l'attività unilaterale esaminata in precedenza, l'approccio deliberativo che si conferma il più idoneo rispetto alle finalità generali cui l'ordinamento sembra tendere, non è assistito da un adeguato corredo normativo di tipo generale ed è rimesso alla iniziativa delle amministrazioni locali che dovrebbero ad esso garantire effettività mediante le loro fonti interne. Pertanto, al di là di qualche sporadica sperimentazione, esso è ancora estremamente debole⁹⁴.

4. La centralità delle attività di pianificazione e programmazione nel metodo deliberativo.

Nel percorso delineato è emerso che l'aspetto maggiormente rile-

⁹¹ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1, 2001, 29.

⁹² Per una esperienza in ambito locale di istituzione di un Consiglio permanente in cui elaborare idee condivise attraverso il dialogo paritario da recepire nelle scelte programmatiche dell'ente locale, G. GIOTTI, *Sperimentando la co-programmazione a livello locale. L'esperienza bresciana del Consiglio di indirizzo del welfare della città in Impresa Sociale*, 4/2022, 58-68.

⁹³ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. Amm.*, 5, 2020.

⁹⁴ In proposito è stato correttamente osservato, che «mentre è frequente che enti pubblici e Terzo settore lavorino insieme su progetti specifici concreti, giungendo al termine di tali collaborazioni a definire in modo condiviso obiettivi, ruoli e risorse di ciascuno, capita in molti meno casi che abbiano ragionato insieme sulle *scelte politiche di fondo* che portano a scegliere di attivare o meno tali progetti». G. MAROCCHI, *La co-programmazione a Caluso. Un'esperienza di amministrazione condivisa*, in *Impresa Sociale*, 2, 2021, 57 ss.

vante, ai fini dell'attuazione del modello deliberativo⁹⁵. riguarda quelle ipotesi in cui non è possibile in sede legislativa selezionare in modo specifico gli interessi da affidare alla cura dell'amministrazione⁹⁶.

Vi sono, infatti, ambiti dell'azione amministrativa in cui la pubblica amministrazione non svolge un'attività meramente attuativa o esecutiva, ma ha il compito di individuare, specificare e contribuire a selezionare l'interesse pubblico perché il legislatore non è in grado disciplinare in modo esaustivo una determinata materia, o perché l'interesse così come le modalità attraverso le quali lo stesso può essere perseguito non sono riconoscibili in astratto ma è necessaria un'attività che non può prescindere dal singolo contesto⁹⁷.

In tali casi, la partecipazione al procedimento dei privati assume un

⁹⁵ L'aggettivo deliberativo va considerato nel significato originario della lingua latina (da libra) di soppesare, stando a significare la necessità di assumere una decisione, solo dopo averla discussa ed esaminata a fondo, coinvolgendo la comunità di riferimento nell'attività di ponderazione dei diversi interessi coinvolti e contrapposti, delle conseguenze, dei vincoli, dei vantaggi e dei sacrifici in rilievo portando all'interno del deliberato finale gli esiti di tale dibattito. Sul tema, J. FISHKIN, *La nostra voce*, Padova, 2003, M. CARCASSON, *Beginning with the End in Mind. A call for Goal-Driven Deliberative Practice*, Center for Advances in Public Engagement, 2009, 5; P. VIPIANA, *La democrazia deliberativa a livello regionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; L. PELLIZZONI, *Cosa significa deliberare, Promesse e problemi della democrazia deliberativa*, in *La deliberazione pubblica* a cura di ID., Roma, 2005, 7-10.

⁹⁶ Sulla capacità peculiare delle Autonomie Locali di individuare l'identità oltre che l'entità dell'interesse pubblico, si veda G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Cedam, Padova 1996, 53 ss. Il concetto è stato, ripreso da Clemente di San Luca che ha descritto il processo di formazione dell'interesse pubblico locale come una fattispecie a formazione progressiva composta da una scelta unitaria di indirizzo assunta dal legislatore nazionale ed una chiarificazione di livello locale «scomposta» nelle autonomie locali, che non si può esaurire nell'attività discrezionale configurando un vero e proprio esercizio di sovranità popolare. Così in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Appunti di diritto Amministrativo*, Napoli 2005, 134 ss.

⁹⁷ Si tratta di quella « condizione primordiale caratterizzata dalla presenza di una fattispecie di un comportamento incompletamente descritto dalla norma, la cui lacuna deve quindi essere colmata in base al risultato di quella attività valutativa in cui si rileva l'immane indice rivelatore di ogni potere discrezionale» M. STIPO, *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, <http://www.contabilitapubblica.it/Dottrina2014/2.Interesse%20pubblico.pdf>, In tale indice che altra dottrina ha qualificato come di storicizzazione dell'interesse pubblico; G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, 1996.

valore rafforzativo della rappresentanza nell'attività svolta dagli enti pubblici costituenti la Repubblica ai sensi dell'art. 114 Cost., assegnatari delle funzioni amministrative secondo l'art. 118 comma 1, o compensativo nelle ipotesi di amministrazioni sprovviste di rappresentatività per le quali la mancanza di legalità sostanziale può essere bilanciata con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio⁹⁸, come nei procedimenti che disciplinano lo svolgimento delle attività di regolazione da parte delle autorità indipendenti⁹⁹.

Per questa ragione, le attività di pianificazione e programmazione costituiscono un ambito privilegiato nell'indagine sul grado di condivisione democratica dell'esercizio della funzione di indirizzo politico¹⁰⁰.

Ed invero, attraverso questi particolari atti vengono definiti gli indirizzi per lo svolgimento in ambito locale delle attività finalizzate al raggiungimento di interessi pubblici rilevanti (urbanistici, ambientali, sociali, etc.) per i quali il legislatore non detta una disciplina compiuta, ma si limita a fissare principi, regole standard e criteri, al fine di rendere uniforme sull'intero territorio nazionale il livello di cura dell'interesse,

⁹⁸ Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2015 n. 1532; id., 2 maggio 2012 n. 2521; Consiglio di Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874; Cons. Stato, VI, 14 marzo 2000, n. 1348.

⁹⁹ Sull'attività di regolazione delle Autorità indipendenti. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti. Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; P. LAZZARA, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in *atti del convegno, A 150 anni dalla unificazione amministrativa italiana. Studi*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di L. FERRARA, D. SORACE, Firenze, 2016, M. RAMAJOLI, *L'attuale configurazione delle Autorità indipendenti di regolazione dei mercati: la natura giuridica delle funzioni e la tipologia degli atti*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/ramajoli-l-attuale-configurazione-delle-autorita-indipendenti-di-regolazione-dei-mercati-la-natura-giuridica-delle-funzioni-e-la-tipologia-degli-atti->; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice, La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino 2020. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9.

¹⁰⁰ Inteso nella sua accezione attualmente più discussa in dottrina di «amministrazione di risultato». Sul tema L. IANNOTTA, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione del risultato*, in *Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (rivista on line)*, anno III, 5, 2006, 1; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula Amministrazione per risultati*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, II, 813 ss.; B. TONOLETTI, *Classificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss.

rimettendo all'amministrazione il compito di integrare il dettato normativo con un insieme di regole speciali e proprie attraverso cui attualizzare e contestualizzare l'interesse, calandolo nella specifica realtà territoriale amministrata¹⁰¹.

Inoltre, le autonomie locali attraverso la funzione di pianificazione, assolvono il compito proprio degli enti a fini generali¹⁰², di favorire la realizzazione sul proprio territorio non solo degli interessi individuati a livello statale, ma anche di quelli individuati in modo autonomo, per il soddisfacimento dei bisogni differenziati della comunità, allo scopo di migliorarne la qualità della vita¹⁰³.

Tanto in una logica di trasversalità che pone l'ente pubblico, in particolare quello locale, al centro delle diverse istanze insistenti sul territorio siano esse determinate dall'alto e quindi da recepire; determinate *motu proprio* o, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale¹⁰⁴, dal basso, attraverso i moduli richiamati dell'amministrazione consensuale o negoziata.

Le attività di pianificazione e programmazione risultano, in questa seconda e più ampia accezione, espressione di un potere di indirizzo politico che attiene a scelte che riguardando la definizione dell'identità degli interessi pubblici locali, in una fase intermedia che si colloca fra il disporre e il provvedere¹⁰⁵.

Nell'attività di pianificazione, infatti, il principio di legalità che sovrintende alla creazione delle regole generali viene integrato dal principio di riserva di amministrazione¹⁰⁶ che coinvolge, a sua volta, ma sul punto ci si è già

¹⁰¹ Così realizzando «l'unità differenziata della pubblica amministrazione» F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007, 32.

¹⁰² Per un approfondimento P. UBANI, voce *Urbanistica*, in *Enc. dir.*, vol. XLV, 1992, 868 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'urbanistica dopo la pianificazione* in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano 1995; P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli 2003.

¹⁰³ V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica ed interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985.

¹⁰⁴ G. DI FIORE, *La sussidiarietà, suggestioni di un principio*, Napoli 1999.

¹⁰⁵ Cfr. in materia di pianificazione urbanistica Consiglio di Stato, sez. I, 29 gennaio 2015, n. 283. T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 6 aprile 2021, in materia sanitaria T.A.R. Napoli, sez. I, 3 novembre 2015, n.5096; in materia ambientale, in materia di sicurezza pubblica Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2006, n. 2471.

¹⁰⁶ Che lungi dal considerarsi innato all'amministrazione stessa si fonda, a sua volta,

soffermati, la sussidiarietà nella sua accezione prima verticale e poi orizzontale.

In questo pluralismo istituzionale e sociale, se l'esercizio del potere viene condiviso fin dalla determinazione delle regole e dell'assetto degli interessi, la partecipazione, investendo l'intero spazio riservato all'amministrazione, darà la possibilità di sviluppare forme di democrazia deliberativa, nel caso contrario, invece, il modello non potrà che essere di tipo collaborativo.

Così, le attività di pianificazione e programmazione ispirate al modello deliberativo si distinguono da quelle di tipo partecipativo in cui la partecipazione dei privati è funzionale al buon andamento, all'efficienza e all'imparzialità dell'amministrazione pubblica, in chiave di qualità delle scelte e di legittimità e legalità dell'azione amministrativa.

Nel caso della democrazia deliberativa, infatti la partecipazione si eleva a elemento strutturale dell'azione stessa, riguardando la sua natura e non solo le modalità di svolgimento e contribuendo a «dotare di maggiore effettività la partecipazione alla determinazione delle politiche pubbliche da parte di soggetti esclusi dal tradizionale circuito della rappresentanza politica»¹⁰⁷.

5. Il peculiare regime giuridico degli atti di pianificazione e programmazione e il valore intrinseco della partecipazione come elemento necessario dell'attività di formazione degli stessi

L'art. 13 della l. 241/90 nel prevedere l'esclusione dell'applicabilità delle norme in materia di partecipazione per gli atti "*di pianificazione e di programmazione*", oltre che per quelli normativi e amministrativi generali, individua una categoria autonoma del tutto particolare¹⁰⁸.

Ed invero, mentre gli atti normativi e gli atti amministrativi generali sono applicabili a una generalità indifferenziata di casi futuri e si rivolgono rispettivamente a un numero indefinito di destinatari, ovvero ad

nella legge e quindi costituisce necessaria conseguenza del principio di legalità. In tal senso F. MERUSI, cit. 29.

¹⁰⁷ E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE., E. STRADELLA, E. VIVALDI, *Identità e rappresentanza del Terzo settore*, in *Libro bianco sul Terzo settore*, a cura di S. ZAMAGNI, Bologna, 2011, 127.

¹⁰⁸ Cfr. R. MONTEFUSCO, *La motivazione degli atti di pianificazione urbanistica: atti amministrativi generali?*, in *Foro amm. Tar*, 2002, 9, 2861 ss.

un numero definito, tuttavia individuabile solo *a posteriori*, gli atti di pianificazione e programmazione si discostano significativamente da questo modello, in quanto i destinatari sono individuabili, indifferentemente, sia *ex ante* che *ex post*, sulla base del rapporto che li lega alla comunità. Inoltre, a differenza dei primi hanno un'incidenza più immediata perché da essi dipende la configurazione dell'attività esercitata in concreto dalla pubblica amministrazione¹⁰⁹ e perché il loro contenuto può essere in parte direttamente conformativo di talune posizioni soggettive.¹¹⁰

La funzione di pianificazione, ed in particolare quella di livello locale, risulta, in questo senso, manifestazione di un potere di indirizzo politico attraverso cui vengono predeterminate le future decisioni concrete e, in quanto tale, non può essere contenuta nell'attività amministrativa generale da cui, infatti, il legislatore la distingue, attenendo a scelte che travalicano i confini della discrezionalità amministrativa e riguardano la definizione dell'identità degli interessi pubblici locali, né può essere ricondotta a quella di tipo puntuale di cui costituisce presupposto in quanto la decisione del singolo procedimento successivo è in qualche modo anticipata dalla complessa e preventiva attività amministrativa necessaria per raggiungere un risultato predeterminato.

In questo senso, la partecipazione dei cittadini ai processi di formazione di questi atti appare elemento essenziale e perciò imprescindibile nell'esercizio della funzione amministrativa¹¹¹ in quanto le attività di pianificazione e programmazione costituiscono un auto-vincolo all'azione amministrativa suscettibile di incidere sulle decisioni che riguardano i singoli, per cui è necessario che siano assistite da garanzie

¹⁰⁹ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

¹¹⁰ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, 786

¹¹¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, cit. 25. La giurisprudenza sembra orientarsi in questo senso, tanto da ritenere che alle violazioni di disposizioni che prevedono la possibilità di partecipazione alla collettività indifferenziata, non si applica la sanatoria di cui all'art. 21 *octies* comma 2, in quanto le relative disposizioni sono orientate all'attuazione di un principio di democraticità del processo decisionale che non consente deroghe di sorta. Sul collegamento tra partecipazione e democraticità del processo decisionale cfr. anche Tar Puglia, Lecce, sez. II, 29 dicembre 2008, n. 3758.

che divengono parametro di legittimità della stessa azione amministrativa, prima fra tutte, in sede procedimentale, quelle partecipative¹¹².

Ciò induce a rileggere l'art. 13 della legge n. 241/90 valorizzando la seconda parte, quella in cui cioè il legislatore, nel prevedere la non applicazione delle norme sulla partecipazione procedimentale all'attività di pianificazione, rinvia alla disciplina particolare che introduce i singoli atti di pianificazione e programmazione e ne regola la formazione, e dunque non solo non esclude, ma addirittura presuppone che tale disciplina esista o comunque, debba esistere¹¹³.

A questa conclusione conduce anche la considerazione che l'art. 3 della medesima legge non sottrae l'attività di pianificazione all'obbligo di motivazione che invece è escluso per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale¹¹⁴.

Pertanto, l'amministrazione deve dare conto dell'iter seguito nell'assumere le proprie determinazioni¹¹⁵ e delle modalità con cui in sede istruttoria abbia acquisito tutti gli elementi necessari a un corretto bilanciamento degli interessi "concorrenti" alle scelte di pianificazione che quindi devono "necessariamente" essere rappresentati per poi esse-

¹¹² In alcuni casi, come quelli relativi alla programmazione ambientale o urbanistica, in cui il legislatore riconoscendo la rilevanza superindividuale degli interessi, ha previsto un'apposita disciplina, la partecipazione, è certamente un parametro di legittimità del provvedimento amministrativo, attraverso cui i privati, con le loro osservazioni, oltre ad opporsi alle scelte effettuate dall'amministrazione, ben possono far rilevare incongruenze, errori di fatto, mancanza di attualità dei presupposti fondativi delle scelte. Cfr. T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 5 maggio 2021, n.1127 Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2020 n. 379.

¹¹³ La disposizione, in questo senso, ha come finalità quella di chiarire che la disciplina generale non incide sulla disciplina speciale solitamente dettata dal legislatore in tema di programmazione riferimento è agli istituti partecipativi descritti nella disciplina urbanistica, ambientale e nella programmazione triennale dei lavori prevista dal codice degli appalti.

¹¹⁴ Sul problema della motivazione degli atti programmatori si veda F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Il codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, cit., 467; S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, II, 100, esprime perplessità in merito alla esenzione dall'obbligo di motivazione degli atti generali.

¹¹⁵ Infatti, quando il legislatore ha voluto limitare le garanzie procedurali per queste categorie di atti lo ha disposto espressamente A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.

re garantiti in maniera effettiva, attraverso la giustiziabilità dell'atto finale¹¹⁶.

Di tal che, anche in assenza di una specifica disciplina della partecipazione all'interno della norma che prevede l'adozione di atti di pianificazione o programmazione, il mancato riconoscimento al privato della possibilità di partecipare al procedimento di formazione di tali atti rileva come violazione delle norme procedurali sottese al corretto adempimento dell'obbligo di motivazione, risultando l'atto finale viziato se non per violazione di legge in caso di assenza di norme che ne disciplinino espressamente l'intervento, certamente per eccesso di potere per carenza dei presupposti, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria¹¹⁷.

In tale direzione milita anche la pacifica acquisizione per cui la modifica di un atto di pianificazione non è considerata libera, ma può essere realizzata solo in caso di situazioni imprevedibili al momento della programmazione stessa e garantendo la partecipazione del privato, al fine di individuare la scelta meno dannosa per la posizione giuridica dello stesso¹¹⁸. Nel caso in cui, poi, la modifica derivasse da un mutato assetto degli interessi politici, la pubblica amministrazione ha un onere di motivazione rafforzata ed è chiamata a specificare le ragioni che con-

¹¹⁶ Sul tema della giustiziabilità delle scelte derivanti dall'esercizio di funzioni politiche, L. PERFETTI, *La full jurisdiction come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della Costituzione*, in *Il controllo di full jurisdiction* a cura di B. GILIBERTI, Napoli, 2019, 406 ss.

¹¹⁷ La giurisprudenza ha affermato che se il piano di dimensionamento scolastico si prevede la soppressione di un plesso scolastico, nel procedimento relativo alla sua formazione debba essere consentita la partecipazione dei rappresentanti degli istituti interessati dalla soppressione e poiché il piano ha effetti sia sugli alunni, diretti fruitori del servizio scolastico, sia sui soggetti (personale docente e di amministrazione) che stabilmente operano nell'ambito della scuola, a questi deve essere riconosciuta una posizione peculiare da cui discende un interesse diretto concreto e attuale all'eventuale impugnativa. Tar Liguria, Genova, sez. II, 28 agosto 2009, n. 2289.

¹¹⁸ È possibile, quindi, riproporre quanto già affermato dalla giurisprudenza con particolare riguardo alle c.d. varianti urbanistiche, in seguito all'adozione di convenzione urbanistica. Sul punto cfr. C.d.S., sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4073, che richiede un onere di motivazione particolarmente gravoso a supporto del provvedimento di variante urbanistica.

sentono di ritenere irrilevante il legittimo affidamento vantato dal privato¹¹⁹.

Di tal che, la riserva di amministrazione in questo come negli altri casi in cui si configura, non è funzionale solo ad individuare l'istituzione alla quale in base all' art. 118 comma 1 è demandato l'esercizio della funzione e il relativo potere, ma anche ad onerare la stessa di imprescindibili attività di coinvolgimento dei privati nella definizione dell'assetto complessivo degli interessi che se omesse determinano l'illegittimità del provvedimento. In definitiva, si può affermare che la partecipazione effettiva alle scelte programmatiche delle amministrazioni è insita nell'ordinamento da sempre¹²⁰, dovendosi discutere piuttosto, della valenza che alla stessa si voglia attribuire nell'ambito del rapporto fra amministrazione e comunità che sembra tendere, lo si è visto, verso una trasformazione in senso sussidiario e solidale in cui anche quando il compito di curare un interesse è affidato all' amministrazione che ne è titolare esclusiva, la relativa attività non è svolta in maniera unilaterale.

6. *La riforma delle attività di pianificazione e programmazione come crocevia per una nuova amministrazione. Riflessioni conclusive*

L'analisi fin qui svolta ha evidenziato come la partecipazione si vada configurando, almeno nelle espressioni più alte sia normative che giurisprudenziali del nostro ordinamento,¹²¹ quale strumento di attuazione del pluralismo istituzionale e sociale delineato dalla costituzione e, quindi, per quanto qui ci interessa, come parametro per il riconosci-

¹¹⁹ In questo caso viene in rilievo il tema dell'annullamento modulato (addirittura *ex nunc*), con la possibilità di garantire una certa stabilità della decisione adottata in sede di programmazione. Proprio con riferimento all'annullamento di un atto pianificatorio, infatti, vi è il Consiglio di Stato ha ritenuto possibile la modulazione degli effetti dell'annullamento per salvaguardare gli effetti dell'atto, anche se annullato, fino all'adozione del nuovo piano, Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

¹²⁰ V. ATRIPALDI, *il concetto di partecipazione nella dinamica della relazione fra Stato e società*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988.

¹²¹ Il riferimento è alla giurisprudenza costituzionale richiamata e alla tendenziale valorizzazione del privato nell'attività amministrativa di cui è portatore il principio di sussidiarietà analizzati in precedenza.

mento del livello di democraticità dell'azione amministrativa e della sua corrispondenza ai principi cui l'ordinamento tende.

Così, a prescindere dalle diverse forme in cui la stessa viene disciplinata dalle norme particolari che la prevedono, la partecipazione è vocata a supportare processi deliberativi volti a rafforzare il rapporto fra comunità ed istituzioni, attraverso una fiducia collaborativa in cui si esprime la radice personalista della nostra costituzione che colloca la persona al centro in una dimensione di umanesimo integrale¹²² che investe le istituzioni e attraverso il quale «nel circolo virtuoso tra capitale sociale e rendimento delle istituzioni si colloca la stretta relazione esistente tra rappresentanza politica, partecipazione associativa e disposizione nei confronti delle istituzioni e della politica»¹²³.

Tale approccio coincide con la visione della partecipazione diretta delle persone singole e in forma associata¹²⁴ alla costruzione dell'ordinamento che Benvenuti ha teorizzato negli anni Novanta come evoluzione della democrazia rappresentativa¹²⁵, e in dottrina fa riferimento al cosiddetto pluralismo sociale che presuppone «uno sfaccettato equilibrio di ruoli tra società, partiti e istituzioni, in cui non manca di essere tenuta presente la continuità dell'un aspetto rispetto all'altro»¹²⁶.

Così, infatti, si tende a superare la dicotomia Stato apparato – Stato comunità, a favore di un rapporto collaborativo sulla base del quale l'apporto del corpo sociale diviene elemento indefettibile «nella formazione di decisioni che interessano una collettività più o meno ampia»¹²⁷.

In questi termini, la partecipazione appare l'istituto più confacente alla realizzazione in ambito amministrativo della democrazia deliberati-

¹²² J. MARITAIN, *Cristianesimo e democrazia*, Firenze, 2007, 52-53. Per un approfondimento del fondamento filosofico della partecipazione come pilastro del patto sociale, L. DI SANTO, *Per un'ermeneutica dei diritti sociali*, Bologna, 2020, 139-159.

¹²³ L. CEDRONI, *La rappresentanza politica: teorie e modelli*, Milano 2004, 186.

¹²⁴ Attraverso la mediazione dei corpi intermedi istituzionali (sindacati e partiti politici) e non (terzo settore).

¹²⁵ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino* Venezia, 1994.

¹²⁶ G. PASTORI, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello stato democratico, Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980.

¹²⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo in Dir. Proc. amm.*, 1, 2019, 1.

va secondo la definizione data in apertura del lavoro come modello in cui a rilevare, non è il momento decisionale in sé, né il soggetto che adotta l'atto, né la forma di quest'ultimo, ma la fase di formazione della scelta improntata ad uno scambio necessario, osmotico ed informato fra titolari dei pubblici poteri e società¹²⁸.

Le potenzialità benefiche di un siffatto modello sul sistema della rappresentanza attraversato da una profonda crisi di fiducia nei rapporti fra istituzioni e corpo sociale è evidente non solo per le attività che sono irrinunciabilmente imputate dall'ordinamento alla competenza delle istituzioni perché associate a funzioni in senso tecnico¹²⁹, in cui la partecipazione ha valore collaborativo ma anche per quelle il cui svolgimento, invece, a seconda della valutazione che nell'atto di indirizzo politico viene a maturare circa il migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico, può essere affidato alla cura diretta del privato organizzato, ai sensi dell' art. 118 comma 4 Cost. in cui la partecipazione ha il valore costruttivo di condivisione delle scelte politiche.

Di tal che lo stesso principio di sussidiarietà orizzontale, si è visto a proposito delle attività di interesse generale, se si consentisse la partecipazione al momento di definizione dell'interesse pubblico, sarebbe suscettibile di essere graduato da un minimo costituzionalmente garantito in cui al privato è rimessa la fase dello svolgimento delle attività quando sia dimostrata la maggiore convenienza rispetto alla cura diretta da parte del pubblico o al ricorso al mercato, ad un massimo costituito da diversa distribuzione dei compiti statuali fra apparato e cittadini in cui il primo si ritrae definitivamente¹³⁰ quando la dimensione comunitaria si dimostra capace in modo del tutto autonomo di curare il bene comune, secondo una logica per cui «la persona è superiore allo Stato»¹³¹.

¹²⁸ G. PASQUINO, *Introduzione*, in Id., *Gli strumenti di democrazia*, Bologna, 2007, 8.

¹²⁹ Coincidente essenzialmente con le attività che possono essere poste in essere esclusivamente dalle pubbliche amministrazioni in quanto manifestazioni di sovranità dello Stato quali la sicurezza, l'ordine pubblico. La giustizia etc. Cfr. M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 184.

¹³⁰ Conservando l'esercizio della funzione di controllo a garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni.

¹³¹ G.C. CURCIO, *Etica del dialogo. Diritti umani, giustizia e pace per una società intraculturale*, Bologna 2019, 156.

Il *discrimen* tra partecipazione di tipo collaborativo e una di tipo deliberativo è dato, allora, dal rapporto che si viene a stabilire fra il principio di legalità che sovrintende alla creazione delle regole generali e il principio di sussidiarietà nella sua accezione prima verticale e poi orizzontale in cui si sostanzia la funzione amministrativa in materia di attività di interesse generale¹³².

Per essere adeguata al fine descritto, la partecipazione deve quindi necessariamente riguardare la fase che precede l'esercizio del potere amministrativo, quando gli organi di governo dell'amministrazione non hanno ancora espresso il loro indirizzo politico ed il contatto con la comunità acquista, perciò un valore creativo¹³³ e co-legittimante.

Essa presuppone un ambito soggettivo e oggettivo ben più ampio di quelli propri della partecipazione procedimentale. Sotto il profilo soggettivo, infatti, essa va riferita alla più ampia platea di coloro, singoli e associati, che abitano un territorio o che operano stabilmente in un settore, in modo da riprodurre i diversi punti di vista e gli interessi su una questione da regolare o amministrare, mentre sotto il profilo oggettivo appare funzionale ad arricchire il dibattito che precede le scelte pubbliche, coinvolgendo la comunità di riferimento nella ponderazione delle diverse opzioni possibili, delle conseguenze, dei vincoli, dei vantaggi e dei sacrifici in rilievo, portando all'interno del deliberato finale gli esiti di tale dibattito in modo da renderli condivisi.

In questo senso le attività di pianificazione e programmazione costituiscono i modelli su cui maggiormente occorrerebbe investire per innalzare la cultura del dialogo su cui si fonda il modello proposto. Tanto più che essendo limitate le risorse disponibili e quindi, non essendo soddisfabili tutti i bisogni di una comunità, le decisioni assunte in sede

¹³² F. GIGLIONI, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in *L'amministrazione condivisa*, a cura di G. ARENA, M. BOMBARDELLI, cit., 78; ID., *Sussidiarietà e legalità*, in *Storie, percorsi e politiche della sussidiarietà*, a cura di D. CIAFFI, F.M. GIORDANO, Bologna, 2020, 289 ss.

¹³³ In questo senso, l'aggettivo deliberativo va considerato nel significato originario della lingua latina (da *libra*) di soppesare, stando a significare la necessità di assumere una decisione, solo dopo averla discussa ed esaminata a fondo con il tessuto sociale nel cui interesse viene adottata. Sul tema, L. PELLIZZONI, *Cosa significa deliberare, Promesse e problemi della democrazia deliberativa*, in *La deliberazione pubblica*, a cura di ID., Roma, 2005, 7-10.

pianificazione e programmazione costituiscono le precondizioni vincolanti per l'amministrazione dell'azione futura e incidono direttamente sulla comunità nella misura in cui da esse dipende il grado di effettività che l'ordinamento assicurerà a determinati diritti, anche costituzionalmente rilevanti. Di tal che la pianificazione non si può considerare atto meramente interno, costituendo il presupposto esterno delle decisioni concrete con evidenti conseguenze in relazione alle tutele esperibili.

Nei termini in cui la si è delineata, infatti, la pianificazione, in quanto strumento con cui si integrano prescrizioni direttamente ancorate nel principio di legalità mediante una delega all'apparato amministrativo, più di altre richiede di abbandonare la prospettiva autoritativa in favore di una deliberativa di apertura ai cittadini, attraverso cui rafforzare il legame fra comunità e istituzioni, in modo che l'atto conclusivo del procedimento, sebbene formalmente imputato all'amministrazione che lo adotta, non sia più sostanzialmente unilaterale, ma espressione di un sentire condiviso fra governanti e governati¹³⁴ di cui la manifestazione di volontà dell'organo pubblico costituisca la sintesi e nel quale anche l'esercizio del potere discrezionale di scelta proprio dell'amministrazione fra più possibili opzioni datesi nel corso dell'istruttoria, venga "condizionato" dal dibattito circa la maggiore o minore efficacia dell'una o dell'altra.

Tuttavia, nel passaggio dal piano valoriale e dei principi che appare avanzato e maturo negli orientamenti della giurisprudenza costituzionali esaminati, a quello attuativo che si ricava dalle scelte del legislatore primario sia con riferimento all'attività unilaterale che a quella di interesse generale la situazione cambia.

Si assiste infatti in entrambi gli ambiti, ma certamente con maggiore ricorrenza ed evidenza in quello relativo alle attività di interesse generale, a norme che prevedono nella pianificazione degli obiettivi di interesse pubblico e delle modalità per raggiungerli la consustanzialità del confronto pubblico e privato organizzato. Ciò in quanto le attività di pianificazione e programmazione richiedono, soprattutto alla luce delle norme generali che di-

¹³⁴ È stato osservato che nell'esaminare gli istituti giuridici riconducibili al fenomeno in parola occorre un'impostazione metodologica improntata al dialogo interdisciplinare, in cui il diritto traccia il perimetro entro cui le esperienze partecipative si possono legittimamente ed efficacemente manifestare. M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in AIC, 3, 2016, 1.

sciplinano la formazione dei bilanci pubblici, l'indicazione puntuale e non la semplice previsione delle effettive modalità di copertura delle spese programmate per lo svolgimento delle attività¹³⁵. Di conseguenza, l'individuazione dei bisogni non può che essere contestuale alla verifica sulla necessità di ricorrere a modelli organizzativi e a fondi pubblici o alla libera iniziativa degli enti privati economici e del terzo settore per soddisfarli¹³⁶.

Appartengono a questo trend che potremmo definire di "apertura democratica condizionata dal fine economico" istituti presenti in settori classici come quello introdotto di recente dal nuovo codice dei contratti pubblici all'art. 174 in base al quale le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato in cui il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità incentrata su valutazioni sostanzialmente di tipo aziendalistico¹³⁷ o quelli previsti dal codice del terzo settore di co-programmazione e co-progettazione esaminati nel terzo paragrafo.

Tuttavia, a fronte del fine che lascerebbe intendere un approccio co-deliberativo, l'istruttoria di tali strumenti è modellata secondo uno schema di tipo procedimentale classico, in cui la partecipazione ha valore formalmente e sostanzialmente collaborativo e, soprattutto, coinvolge solo una parte della collettività, quella organizzata e non i privati singoli o le formazioni sociali che non erogano prestazioni nel mercato del *welfare* la cui partecipazione alla formazione degli atti di pianificazione continua a essere esclusa dal già richiamato art. 13 della legge n. 241/90.

¹³⁵ Sulla base dell'art. 81 Cost., che ha introdotto espressamente l'obbligo complessivo di "equilibrio dei bilanci", che si traduce nell'obbligo di predisporre, all'atto dell'approvazione dalle nuove norme, anche i mezzi per fronteggiare gli oneri che ne derivano.

¹³⁶ Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 53.

¹³⁷ Il comma 2 del citato art. 174 del D.lgs. n. 36/203 prevede che «La valutazione si incentra sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente».

Di tal che non ci siamo spostati di molto dall'assetto raggiunto già negli anni '90 con gli strumenti di partenariato pubblico-privato e di programmazione negoziata che, pur comportando vantaggi economici e avendo contribuito ad aumentare il dialogo fra amministrazione e privati, non erano idonei ad assegnare alla partecipazione una valenza pienamente democratica nel senso sopra identificato essendo sostanzialmente finalizzati alla verifica sulla autosufficienza del corpo sociale a eseguire lavori o svolgere servizi in modo efficiente e con propri mezzi e risorse.

Siamo, quindi lontani ancora dalla nuova amministrazione radicata, come più diffusamente visto in precedenza, nel combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art. 118 Cost. che disegnano un ordinamento in cui la direzione dei processi è pubblica, ma la decisione deve essere necessariamente condivisa.

Gli strumenti della democrazia deliberativa infatti, si pongono il più ambizioso obiettivo di aprire nuovi canali di coinvolgimento dei cittadini nella definizione delle scelte amministrative, integrando quindi il principio della rappresentanza con forme di partecipazione diretta ai processi decisionali, consentendo di favorire la costruzione del consenso sulle scelte di governo compiute dalle amministrazioni e anche di arginare e contenere la partecipazione spontanea in forme maggiormente controllabili.

All'interno di questo paradigma va rintracciato il valore aggiunto della democrazia deliberativa nella quale il principio della rappresentanza si rafforza arricchendosi di nuove possibilità di coinvolgimento diretto di una pluralità di soggetti, non solo *stakeholder* ma ogni "persona" che viva la comunità e operi nel contesto, che contribuiscono al governo della società secondo una logica di *governance* multilivello, che a sua volta, secondo il principio della sussidiarietà orizzontale, coinvolge soggetti pubblici, privati e del terzo settore.

La strada è ancora lunga occorrendo un processo, certamente faticoso e lento, che richiede di essere assistito da un adeguato ed organico corredo di norme e di principi cogenti che indirizzino e promuovano il cambiamento¹³⁸, rendendo obbligatorio il ricorso a strumenti di dialogo strutturato nell'adozione di atti generali in cui la partecipazione sia piena e compiuta, diversa da quella procedimentale in senso stretto di tipo garantistico che per le sue caratteristiche può anche restare circoscritta ai pro-

¹³⁸ B. MERCURIO, Società e decisioni amministrative, cit., 149.

cedimenti relativi a provvedimenti puntuali per i quali è stata immaginata dal legislatore.

