

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Dipartimento di Giurisprudenza

Laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza



TESI DI LAUREA

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE CONDIVISA:
VERSO UNA COSTRUZIONE GIURIDICA

Relatore:

Chiar.mo Prof. Sergio Foà

Candidata:

Virginia Viale

Anno accademico 2019 – 2020

*A Luke, Pepe, Niki, Glo, Fra, Billi,
i compagni di questo entusiasmante percorso.*

INDICE

INTRODUZIONE	pag. 9
--------------	--------

CAPITOLO I

FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE CONDIVISA

1.1. Introduzione al principio costituzionale di partecipazione	pag. 12
1.2. Partecipazione e articolo 1 della Costituzione	pag. 14
1.3. Solidarietà e articolo 2 della Costituzione	pag. 16
1.4. Varietà e articolo 3 della Costituzione	pag. 17
1.5. Miglioramento della comunità di appartenenza e articolo 4 della Costituzione	pag. 20
1.6. Autonomia relazionale e articolo 5 della Costituzione	pag. 21
1.7. Principio di responsabilità e Costituzione	pag. 23
1.8. Partecipazione e articolo 49 della Costituzione	pag. 31
1.9. Partecipazione amministrativa, buon andamento, imparzialità e trasparenza	pag. 32
1.10. Dall'amministrazione sovrana all'amministrazione condivisa: il principio di sussidiarietà	pag. 43
1.10.1. Le origini del principio di sussidiarietà	pag. 45
1.10.2. L'analisi del principio di sussidiarietà orizzontale	pag. 53
1.10.3. La natura precettiva dell'art. 118 u.c. Cost.	pag. 61
1.10.4. Il principio di sussidiarietà nella giurisprudenza costituzionale	pag. 62
1.10.5. Il principio di sussidiarietà e la giurisprudenza amministrativa	pag. 67

CAPITOLO II
LA PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO
AMMINISTRATIVO

2.1. Introduzione alla procedimentalizzazione della funzione amministrativa	pag. 74
2.2. La legge generale sul procedimento amministrativo e le riforme successive	pag. 76
2.3. La legittimazione alla partecipazione procedimentale (cenni)	pag. 85
2.4. L'ambito di applicazione della disciplina sulla partecipazione al procedimento	pag. 88
2.5. La comunicazione di avvio del procedimento	pag. 89
2.5.1. I destinatari della comunicazione di avvio	pag. 91
2.5.2. La disciplina della comunicazione di avvio	pag. 92
2.5.3. Le deroghe all'obbligo di comunicazione	pag. 94
2.6. Il preavviso di diniego	pag. 103
2.6.1. Il principio di preclusione procedimentale	pag. 105
2.6.2. Gli effetti del mancato preavviso di rigetto e il rapporto con l'art. 21- <i>octies</i>	pag. 107
2.6.3. Le questioni aperte	pag. 108
2.7. Il diritto di accesso	pag. 110
2.7.1. Accesso documentale	pag. 112
2.7.2. Accesso civico	pag. 128
2.7.3. Accesso civico generalizzato	pag. 134
2.7.4. Considerazioni conclusive	pag. 137
2.8. Il diritto di presentare documenti e memorie e l'istruttoria pubblica	pag. 138
2.9. Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione	pag. 143
2.9.1. I limiti alla stipulazione degli accordi	pag. 146

2.9.2. La qualificazione degli accordi	
e il rinvio ai principi del codice civile	pag. 146
2.10. Partecipazione negli enti locali: consultazioni, istanze, petizioni, proposte, referendum, azioni popolari, diritto di accesso ed informazione dei cittadini	pag. 148
2.10.1. La materia urbanistica (cenni)	pag. 158
2.10.1.1. Principali criticità e possibili soluzioni	pag. 161
2.10.2. Il bilancio partecipativo (cenni)	pag. 165
2.10.3. La consultazione pubblica (cenni)	pag. 168
2.10.3.1. La consultazione pubblica nell'ordinamento europeo	pag. 169
2.10.3.2. La consultazione pubblica nell'ordinamento italiano	pag. 171
2.10.4. Il baratto amministrativo (cenni)	pag. 176
2.10.5. Modalità di fruizione degli usi civici urbani (cenni)	pag. 184
2.11. Il dibattito pubblico	pag. 187
2.11.1. L'ambito di applicazione dell'istituto	pag. 193
2.11.2. Modalità di applicazione	pag. 197
2.11.3. Considerazioni conclusive	pag. 200

CAPITOLO III

TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO: IL PROBLEMA

DEGLI INTERESSI SUPER-INDIVIDUALI

3.1. L'intervento <i>eventuale</i> nel procedimento amministrativo	pag. 202
3.2. Interessi diffusi e interessi collettivi	pag. 206
3.2.1. Questione terminologica	pag. 206
3.2.2. L'origine degli interessi collettivi e diffusi	pag. 207
3.3. Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale	pag. 212

3.3.1. Modello dell'integrazione	pag. 213
3.3.2. Modello della separazione	pag. 215
3.3.3. La legittimazione ad agire: l'interesse diffuso come diritto soggettivo, come interesse legittimo e come interesse collettivo	pag. 218
3.4. La <i>class action</i> amministrativa (cenni)	pag. 227

CAPITOLO IV

I REGOLAMENTI PER I BENI COMUNI E I PATTI DI COLLABORAZIONE

4.1. Introduzione	pag. 236
4.2. I beni comuni (cenni)	pag. 238
4.3. I regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni	pag. 246
4.4. I patti di collaborazione	pag. 252
4.4.1. La natura giuridica del patto di collaborazione	pag. 253
4.4.2. Proponenti e contenuto dei patti di collaborazione	pag. 260
4.4.3. La procedura	pag. 270
4.5. La città di Torino	pag. 275
4.5.1. Il regolamento dei beni comuni dal 2016 ad oggi e il progetto Co-City	pag. 275
 CONCLUSIONE	 pag. 289
 BIBLIOGRAFIA	 pag. 293

INTRODUZIONE

*Non vi è democrazia
senza la partecipazione della società civile*

Il presente elaborato ha l'obiettivo di offrire una visione ampia della partecipazione della persona, singola o associata, cittadino o straniero residente nel territorio dello Stato italiano, al processo decisionale e/o alla gestione dell'attività amministrativa. La partecipazione è qui intesa, al contempo, come principio e metodo: una partecipazione volta ad integrare le risorse in possesso della pubblica amministrazione e non confinata in atti episodici e contingenti, ma strutturata in forme di collaborazione permanente. In questa accezione, pertanto, si ricomprendono tutte le possibili istanze di coinvolgimento fattivo nell'esercizio della funzione pubblica di individui e gruppi, nella varietà delle loro forme organizzative, senza avere l'effetto di cedere o trasferire al privato il potere autoritativo e con esso la responsabilità connessa all'esercizio dei poteri istituzionali, che rimangono in capo all'amministrazione.

La tematica della partecipazione dei cittadini nella gestione dell'attività amministrativa, e quindi dell'affermazione della democrazia partecipativa, nasce dalla volontà di superare la crisi del sistema politico rappresentativo, che negli ultimi anni si è espressa con l'astensione elettorale e la bassa partecipazione nelle istituzioni, con l'apatia civica e lo scetticismo del pubblico, con la sfiducia verso i governi e il disinteresse generale nel processo politico convenzionale, nonché con la riduzione dell'adesione ai partiti.

Nonostante la democrazia rappresentativa si configuri ancora oggi come metodo principale di determinazione delle scelte, la democrazia partecipativa si profila quale espressione del principio di sovranità popolare, e pertanto come metodo democratico più efficace nell'attività della pubblica amministrazione.

La messa in discussione del sistema rappresentativo consente di rileggere il testo costituzionale nell'ottica dell'accrescimento dei momenti di contatto tra Stato e

cittadini, mediante il coinvolgimento di questi ultimi nella funzione pubblica. Ciò richiede il definirsi della cittadinanza amministrativa, ove il singolo è titolare di diritti soggettivi pubblici e di doveri espressivi “*del rapporto fra l’individuo e l’amministrazione di cui l’ordine politico-giuridico si avvale per la realizzazione delle proprie finalità*”¹.

La cittadinanza amministrativa è volta all’integrazione, quanto più possibile, del cittadino in ogni livello dell’ordinamento, attraverso una partecipazione immediata e continuativa ai processi decisionali politici ed esecutivi. In tal modo, l’individuo si lega alla comunità di appartenenza, attraverso una relazione sostanziale, e si afferma una sovranità maggiormente partecipata. La Costituzione, in tal senso, delinea non solo un modello rappresentativo, ma anche un sistema di effettiva democrazia partecipativa, il cui centro focale è la persona umana².

Accanto al riaffermarsi del ruolo del cittadino segue l’esigenza di rimodellare la concezione della pubblica amministrazione, che, negli ultimi anni, si è incentrata sul trinomio semplificazione, liberalizzazione e digitalizzazione, con parziale, se non totale, accantonamento della componente partecipativa nella normativa del procedimento amministrativo. Infatti, le nuove esperienze di partecipazione appaiono incentrate perlopiù sul sistema politico e solo marginalmente sul processo decisionale amministrativo.

Il titolo “*pubblica amministrazione condivisa*” trae origine dagli studi di Gregorio Arena. L’idea è quella di concretizzare un nuovo modello di amministrazione, c.d. *amministrazione condivisa*, fondato sulla collaborazione fra amministrazione e cittadini, in cui questi ultimi siano considerati come portatori non solo di bisogni, ma anche di capacità, e dunque di risorse, per la realizzazione dell’interesse generale. S’intende, pertanto, una collaborazione che transiti la dimensione del *decidere* a quella del *fare*. Questo nuovo modello è volto al superamento del

¹ G. ARENA, *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Espaco Juridico*, 2010, p. 524.

² M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in *Osservatorio Costituzionale*, Fasc. 3/2016, p. 3.

modello tradizionale fondato su una relazione di contrapposizione tra Stato e cittadino.

Il lavoro si è, quindi, concentrato inizialmente sulla ricerca del fondamento costituzionale della pubblica amministrazione condivisa, che trae la sua legittimazione teorica principe nell'art. 118, ultimo comma, Cost.

Il principio di sussidiarietà orizzontale, essendo essenzialmente relazionale, vive laddove i cittadini si attivano con autonome iniziative per la realizzazione dell'interesse generale: in tal modo, essi non solo si adoperano per il miglioramento della comunità di appartenenza, ma integrano anche le risorse in possesso della pubblica amministrazione. La partecipazione alla formazione della società civile, pertanto, dà effettività al principio democratico costituzionale, quale principio guida dell'ordinamento, e trova il suo riconoscimento nei diritti inviolabili dell'uomo, nel dovere di solidarietà politica, economica e sociale e nel principio di uguaglianza sostanziale.

La partecipazione degli individui pone necessariamente il problema delle possibili forme di inclusione della società civile nell'attività pubblica. Pertanto, l'analisi è proseguita concentrandosi sugli istituti di partecipazione al procedimento amministrativo, mettendo in rilievo i punti di forza e i profili critici, e sulle nuove forme di coinvolgimento degli individui, che sono perlopiù praticate dalle amministrazioni locali.

Le istanze partecipative dei singoli, affinché siano adeguatamente tutelate, necessitano di essere difese davanti al giudice amministrativo nel caso in cui venissero frustrate dall'amministrazione. Il terzo capitolo, pertanto, analizza il problema degli interessi diffusi, propri degli individui a cui fa capo il diritto di partecipazione, ed oggi non ricondotti tra le situazioni soggettive tutelabili direttamente davanti al giudice.

Da ultimo, l'elaborato analizza i regolamenti per la gestione condivisa dei beni comuni, traduzione pratica del principio di sussidiarietà orizzontale, con un *focus* particolare sull'esperienza torinese.

CAPITOLO I

FONDAMENTO COSTITUZIONALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE CONDIVISA

1.1. Introduzione al principio costituzionale di partecipazione

Prima di immetterci nell'analisi del più generale tema della *pubblica amministrazione condivisa*, occorre analizzare quali e dove sono i fondamenti costituzionali che legittimano non solo la sua esistenza ma anche il suo operare.

Certamente, occorre sottolineare come la formulazione *pubblica amministrazione condivisa* trae origine dalla necessità, emersa a più forza intorno agli anni Sessanta e Settanta, di immaginare una democrazia nelle vesti di partecipazione “diretta” e non più mediata dalle procedure elettorali e dalla vita delle rappresentanze politiche. A tal proposito, in dottrina, si parla di *democrazia partecipativa*³. Con essa, specificatamente, intendiamo l'intervento della società nei confronti delle istituzioni, e quindi la possibilità per i cittadini, ma più in generale per *chiunque*⁴, eventualmente ma non necessariamente riuniti in forma associativa, di intervenire nel processo deliberativo nell'ambito di procedure pubbliche articolate, con la possibilità che la loro partecipazione influenzi effettivamente le decisioni finali. Tale processo rappresenta, quindi, un contributo alla *democratizzazione della democrazia*⁵. Contributo che, tuttavia, è cominciato già in sede di discussione nell'Assemblea Costituente relativamente al concetto di *partecipazione*. Ed infatti, il riferimento alla *partecipazione* fu introdotto per la prima volta non in relazione

³ A tal proposito, si veda A. VALASTRO, *Le regole della democrazia partecipativa*; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*; L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*.

⁴ Intendendosi così estendere la partecipazione non solo ai titolari di interessi già giuridicamente tutelati, ma anche agli stranieri.

⁵ U. ALLEGRETTI, *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, AIC Associazione italiana dei costituzionalisti, Rivista n. 1/2011, pag. 3.

al principio di uguaglianza, bensì nel corso della discussione sui diritti di libertà: “Tutte le libertà garantite dalla presente Costituzione devono essere esercitate per il perfezionamento integrale della persona umana, in armonia con le esigenze della solidarietà sociale ed in modo da permettere l’incremento del regime democratico, mediante la sempre più attiva e cosciente partecipazione di tutti alla gestione della cosa pubblica”⁶. Ciò a dimostrazione che la realizzazione della partecipazione appare finalizzata non solo allo sviluppo della dimensione relazionale della persona, ma anche alla realizzazione della democrazia.

In un secondo momento, la discussione sulla *partecipazione* confluì nell’art. 1 della Costituzione quale *fondamento stesso dello Stato democratico*: “Lo Stato italiano è una Repubblica democratica. Essa ha per suo fondamento il lavoro e la partecipazione concreta di tutti i lavoratori all’organizzazione economica, sociale e politica del paese”⁷.

Successivamente, durante i lavori dell’Assemblea Costituente prevalse l’opinione di collegare il *principio di partecipazione* con il principio di uguaglianza sostanziale, così attribuendo un significato ancor più pregnante di quello che poteva derivare dalla sua definizione quale *fondamento* della Repubblica democratica. Appare, dunque, la volontà di evidenziare la centralità del principio di partecipazione rispetto agli altri principi fondamentali: a tal proposito, occorre ricordare le parole di Mortati, per il quale la partecipazione doveva costituire l’anima della nascente *democrazia sociale* quale forma di Stato volta a “promuovere una più intima socialità fra i suoi componenti”⁸.

⁶ ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione*, 1946, pp. 165 e ss.

Nel dibattito, il deputato De Vita enfatizzò il significato vago della “partecipazione” - “*la partecipazione della cosa pubblica può attuarsi in modi diversi che vanno dalla democrazia diretta sino alle forme del collettivismo*” - e propose di abbandonare l’articolo; viceversa, a parere di Corsanego, l’articolo conteneva “*il concetto, per cui la nostra Costituzione deve essere orientata in modo che il popolo a poco a poco partecipi sempre più e sempre meglio alla gestione della cosa pubblica allo scopo di incrementare il regime democratico*”.

⁷ ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione*, 1946, pp. 262 e ss.

⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975, p. 143.

1.2. Partecipazione e articolo 1 della Costituzione

Più specificatamente, ai sensi dell'art. 1 della Costituzione:

L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro.

La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Al principio democratico, in quanto principio costituzionale fondamentale e supremo, si riconosce una particolare capacità di pervadere diffusamente e in profondità il nostro ordinamento. Pertanto, occorre qui affermare che tale principio permea tutta la disamina relativa alla *democrazia partecipativa* nei suoi fondamenti costituzionali.

Secondo l'art. 1, secondo comma, della Costituzione, il popolo è titolare della sovranità, ma ne ha anche l'*esercizio*. Innanzitutto, l'esercizio della sovranità in capo al popolo determina l'effettiva democraticità dello Stato italiano nel momento in cui il popolo la esercita "partecipando effettivamente all'organizzazione economica, sociale e politica del Paese"⁹. Ciò consente di attuare un *progetto emancipante* della persona, intesa quale popolo nel suo insieme, cioè "un progetto che richiami una democrazia non soltanto egualitaria ed inclusiva ma anche abilitante, attraverso lo sviluppo delle capacità oltre che alla tutela dei diritti"¹⁰.

Secondo il disegno costituzionale, il popolo è dotato di una complessa panopia di strumenti partecipativi, che né si esauriscono nelle procedure di partecipazione diretta né lo costringono ad agire solo per il tramite dello Stato-persona o delle altre persone giuridiche pubbliche¹¹. In questo senso, la *partecipazione* acquista una

⁹ Così MANCINI, seduta del 17 marzo 1947, in A.C., I, p. 472.

¹⁰ A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*. Relazione introduttiva alle giornate di studio su "Le regole della partecipazione. Cultura giuridica e dinamiche istituzionali dei processi partecipativi", Perugia, 11-12 marzo 2010.

¹¹ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* [1954], in V. Crisafulli, "Stato, popolo, governo", Milano, Giuffrè, 1985, pp. 127 ss.

funzione cd. di *capacitazione*¹², attraverso cui il principio democratico costituzionale acquista effettività.

Costantino Mortati¹³ definisce il principio democratico – nel suo significato essenziale di controllo attivo e diretto dei cittadini sull’esercizio del potere¹⁴ - quale *principio guida* dell’ordinamento, cui deve essere assicurata la massima valorizzazione, mediante il pieno riconoscimento dei diritti soggettivi politici del singolo e delle formazioni sociali. Egli definisce tali diritti, evidenziandone la natura intrinseca di strumenti di *partecipazione* alla formazione della società civile. Più specificatamente, occorre affermare che la *partecipazione* dei cittadini, che si realizza nelle forme dell’amministrazione *condivisa*, quale attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, dà vita a forme di esercizio della sovranità inedite, ma certamente non meno significative delle forme tradizionali, con cui, invero, si integrano e completano a vicenda, realizzando una maggiore democrazia complessiva nel nostro Paese¹⁵. Analogo tema, come si vedrà in seguito¹⁶, fu sentito in Assemblea Costituente durante la formulazione dell’art. 97 Cost., dove si era ipotizzata una forma di “*controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni*”. La trasparenza, pertanto, intesa quale principio generale della pubblica amministrazione, ha tra i suoi obiettivi, oltre alla tutela dei diritti del cittadino, anche la promozione della partecipazione degli interessati all’attività amministrativa.

¹² L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto* n. 4, 2006, p. 21.

¹³ C. MORTATI, op. cit., pp. 143 ss.

¹⁴ Come affermato da Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, “*l’unica garanzia del rispetto dei diritti di libertà sta nel diritto di controllare il potere cui spetta questa garanzia*”.

¹⁵ G. ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, in *Convenzione Nazionale della Sussidiarietà*, Roma, 2004, p. 17.

¹⁶ *Infra*, paragrafo 1.9. Partecipazione amministrativa, buon andamento, imparzialità e trasparenza.

1.3. Solidarietà e articolo 2 della Costituzione

Ai sensi dell'art. 2 della Costituzione:

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

L'art. 2 della Costituzione, innanzitutto, tutela il principio personalista che “pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana”¹⁷. Ciò significa che “non è l'uomo in funzione dello Stato, ma quest'ultimo in funzione dell'uomo”¹⁸.

La formulazione dell'art. 2 della Costituzione, a seguito dell'evoluzione costituzionale intervenuta a partire dalla fine degli anni '80¹⁹, dà la possibilità di riconoscere una tutela costituzionale ai *nuovi diritti*, tra cui il diritto di partecipazione. Inoltre, la coincidenza dei piani – politico, economico e sociale – cui si riferiscono tanto i doveri inderogabili di solidarietà quanto la partecipazione porta a ravvisare un collegamento fra il principio di solidarietà e il principio personalistico, tale da specificare il primo in termini di integrazione della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale; e il cittadino, lungi dal ridursi a mero destinatario dei vantaggi derivanti dall'astensione o dall'attivarsi dei pubblici poteri, assurge a “centro operante di questo processo di integrazione”²⁰. Infatti, come si vedrà in seguito, lo sviluppo di tale ragionamento può condurre a ipotizzare forme di partecipazione dei cittadini all'amministrazione di determinati beni – comuni e comuni urbani. In questo senso, i cittadini attivi esercitano una forma

¹⁷ Corte Costituzionale, sentenza del 10 maggio 1999, n. 167.

¹⁸ C. MORTATI, *op.cit.*, p. 155.

¹⁹ Intendendosi per tale il passaggio dalla natura *chiusa* della clausola di riconoscimento dei diritti inviolabili alla natura *aperta* della stessa, a seguito di varie sentenze della Corte Costituzionale, tra cui sentenza 561/1987 (diritto alla libertà sessuale), sentenza 404/1988 (diritto all'abitazione), sentenza 278/1992 (diritto di abbandonare il proprio paese), sentenza 120/2001 (diritto al nome).

²⁰ G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 51 ss.

particolare di “libertà solidale e responsabile”²¹, e ciò, in quanto, tra le motivazioni per cui i cittadini si prendono cura di tali beni, vi è il “senso di responsabilità e la solidarietà nei confronti della comunità di appartenenza”²².

1.4. Varietà e articolo 3 della Costituzione

Ai sensi dell’art. 3 della Costituzione:

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Da un’attenta lettura dell’articolo in esame emerge come i cittadini possano essere considerati “portatori non solo di bisogni ma anche di risorse”²³. Tuttavia, sia del principio di uguaglianza formale, di cui al primo comma, sia del principio di uguaglianza sostanziale, di cui al secondo comma, viene data una lettura negativa: nonostante i cittadini siano di fatto diversi tra loro, devono essere trattati in modo uguale dalla legge; pur essendo i cittadini diversi tra loro, tutti devono essere messi in condizione di poter realizzare loro stessi. Eppure, tra i principi cardine del pluralismo vi è la *varietà*, la quale è considerata una risorsa: infatti, come affermato in letteratura ²⁴, le diversità in generale possono essere sia motivo di discriminazione, e quindi un problema da risolvere con gli strumenti di cui all’art. 3 della Costituzione, ma anche fattore di arricchimento, e quindi una potenziale

²¹ G. ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, Convenzione Nazionale della Sussidiarietà, Roma, 12 marzo 2004, relazione p. 9.

²² G. ARENA, *ibid.*, p. 9.

²³ G. ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, Studi parlamentari e di politica costituzionale, Anno trentesimo - N. 117-118, 3°-4° Trimestre 1997, p. 33.

²⁴ Si veda G. ARENA, *Introduzione*, op.cit.

risorsa per lo sviluppo della nostra società. Inoltre, le *differenze* sono distinte dalle *disuguaglianze* e, anzi, sono strettamente collegate all'uguaglianza²⁵.

L'amministrazione si caratterizza tutt'ora per considerare i cittadini quali meri soggetti passivi sia quando si tratti di esercitare nei loro confronti un potere sia quando si tratti di fornire loro una prestazione. Ed anzi, "si può affermare che, nel paradigma della cittadinanza, da un lato l'idea che il voto sia la massima espressione della sovranità del cittadino è ciò che qualifica come pienamente democratico questo paradigma e differenzia i sistemi democratici da altri regimi politici. Dall'altro lato, tuttavia, il cittadino non è giudicato in grado di occuparsi direttamente degli affari pubblici"²⁶. La difficoltà consiste, quindi, nell'indurre coloro che operano nell'amministrazione a considerare i cittadini come soggetti attivi e possibili alleati nell'affrontare i problemi quotidiani: è necessario, dunque, un radicale cambiamento di mentalità. Le amministrazioni, laddove considerassero i propri utenti come portatori effettivi di risorse e capacità utili al perseguimento dell'interesse generale, ne trarrebbero un vantaggio non indifferente: innanzitutto, si tratta di risorse che non necessitano di defatiganti sforzi per essere conquistate, in secondo luogo tali risorse non presentano limiti, anzi aumentano e migliorano utilizzandole.

L'art. 3, primo comma, della Costituzione, quando dispone che i cittadini sono uguali di fronte alla legge, nonostante siano diversi dal punto di vista del sesso, della razza, della lingua, della religione, delle opinioni politiche e delle condizioni economiche e sociali, conferma che la condizione di partenza è la diversità, non

²⁵ In questo senso, A. ALGOSTINO, *L'Osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione come case study sulla democrazia e sul dissenso*, in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 2, p. 244, "Le differenze – siano esse naturali o culturali – altro non sono che i connotati specifici e irripetibili che differenziano e al tempo stesso individuano le persone, e che sono in quanto tali tutelati dai diritti fondamentali. Le disuguaglianze – siano esse economiche o sociali – sono invece le disparità tra soggetti prodotte dalla diversità dei loro diritti patrimoniali, nonché dalle loro posizioni di potere e di soggezione. Le une sono tutelate e valorizzate, contro discriminazioni o privilegi, in forza dell'uguaglianza formale (...). Le altre sono, se non rimosse, almeno ridotte o compensate dall'uguaglianza materiale (o sostanziale)".

²⁶ G. MORO, *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Carrocci editore - Studi Superiori, 2013, p. 73.

l'uguaglianza: l'uguaglianza sostanziale è un obiettivo fondamentale da raggiungere, ma non un dato da cui partire ²⁷. E, nella prospettiva dell'amministrazione *condivisa*, la varietà di capacità, di cui è portatore ogni soggetto, diventa un fatto estremamente positivo, in quanto il singolo porta nel rapporto con l'amministrazione specifiche capacità, che possono essere integrate con le altrettanto specifiche risorse professionali, finanziarie, organizzative dell'amministrazione. Peraltro, data la specifica dote di risorse, di cui è portatore il singolo, nell'amministrazione *condivisa*, l'amministrazione è indotta nel rapporto di co-amministrazione a variare la quantità di risorse da persona a persona. Nel modello di amministrazione tradizionale di prestazione, ogni utente viene considerato uguale e pertanto si ritiene che ogni utente abbia bisogno della stessa quantità di risorse pubbliche sotto forma di beni e servizi. Una mentalità del genere è errata, non solo dal punto di vista teorico, in quanto trattare in modo uguale situazioni diverse è incostituzionale, ma anche dal punto di vista pratico, in quanto vi è un enorme spreco di risorse pubbliche. In positivo, la diversa dotazione di capacità dei singoli si traduce in un divario differenziato fra il livello di partenza e il livello che garantisce uguaglianza di opportunità. Pertanto, l'amministrazione deve imparare ad utilizzare le risorse pubbliche in maniera mirata, anziché indifferenziata. Dunque, laddove le amministrazioni co-amministrano con i cittadini, individuando con precisione il divario reale da colmare per raggiungere il livello di uguaglianza sostanziale richiesto dalla Costituzione, verrebbe calibrata in maniera efficiente la quantità di risorse pubbliche da utilizzarsi per ciascun caso, ponendo altresì rimedio al drammatico problema della limitatezza delle risorse pubbliche.

Occorre, inoltre, sottolineare una preziosa indicazione, che proviene dall'art. 3, secondo comma, della Costituzione, il quale individua la partecipazione, dal punto di vista soggettivo, *in tutti i lavoratori*. L'espressione, che può apparire storicamente datata, indica l'esigenza che la partecipazione venga resa effettiva

²⁷ G. ARENA, *Introduzione*, *op.cit.*, p. 37.

soprattutto nei confronti dei titolari degli interessi deboli²⁸. In un certo senso, proprio gli strati di popolazione più deboli, i soggetti emarginati, sono coloro a cui più è destinata l'apertura partecipativa, affinché possano esprimere i loro bisogni e le loro volontà.

Peraltro, una democrazia partecipativa che veda la partecipazione solo ed esclusivamente nelle *forme associative* non corrisponde alle finalità di crescita complessiva della democrazia e di sviluppo della capacitazione politica dei cittadini. Questo non significa escludere le associazioni, le quali, anzi, rappresentano spesso un veicolo potente per la crescita di consapevolezza e di mobilitazione dei cittadini, tuttavia occorre che queste non assumano un ruolo esclusivo, in modo tale che ai singoli sia assicurata capacità di influenza e di azione²⁹.

Da ultimo, come sottolineato dallo stesso art. 3 della Costituzione, la partecipazione viene qualificata come *effettiva*, e quindi deve essere riconosciuta a *chiunque* – dunque anche agli stranieri che vengano in contatto con una data comunità e un dato ordinamento – e deve avvenire in ogni tappa dei processi di decisione pubblica, e non solo in alcuni di questi. In questo senso, è necessaria la riformulazione del rapporto tra singolo e pubblica amministrazione.

1.5. Miglioramento della comunità di appartenenza e articolo 4 della Costituzione

Ai sensi dell'art. 4, secondo comma, della Costituzione:

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

²⁸ U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, 2006, in *Rivista di democrazia e diritto* n. 3, p. 159.

²⁹ U. ALLEGRETTI, *ibid.*, p. 160.

Secondo l'art. 4 Cost., ogni cittadino può concorrere al *progresso materiale o spirituale della società*, divenendo da fruitore a produttore di valore. Questa prerogativa presuppone che ogni cittadino dovrà tendere sempre di più a qualificarsi come risorsa al servizio della comunità, elaborando esperienze relazionali, di crescita e di miglioramento della comunità di appartenenza. Pertanto, le istituzioni da erogatrici di un'offerta dovranno sempre più attivare e facilitare processi generativi da parte dei cittadini stessi.

Pertanto, *partecipazione* e pubblica amministrazione *condivisa*, nell'attuazione e realizzazione della sussidiarietà orizzontale, come si vedrà in seguito ³⁰, costituiscono sicuramente i metodi più efficaci per contribuire al miglioramento della comunità di appartenenza³¹.

1.6. Autonomia relazionale e articolo 5 della Costituzione

Ai sensi dell'art. 5 della Costituzione:

La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

In tale disposizione emergono due diverse concezioni di autonomia:

1. la prima è la “autonomia intesa come strumento di difesa delle comunità locali e dei rispettivi enti esponenziali nei confronti dei poteri centrali”³²;
2. la seconda è la “autonomia intesa come principio organizzativo generale, come regola dei rapporti fra tutti i poteri e fra questi e la società nelle sue varie articolazioni”³³.

³⁰ *Infra*, paragrafo 1.10. Dall'amministrazione sovrana all'amministrazione condivisa: il principio di sussidiarietà.

³¹ G. ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, in *Convenzione Nazionale della Sussidiarietà*, Roma, 2004, pp. 9 – 10.

³² G. ARENA, *Introduzione*, *op.cit.*, p. 47.

³³ G. ARENA, *Introduzione*, *op.cit.*, p. 47.

Quanto alla prima concezione di autonomia, espressa nella prima parte dell'articolo in esame, s'intende l'*autonomia in senso difensivo*, dove vi è un "centro" ed una "periferia", stanti tra loro in un rapporto gerarchico, che demarca la superiorità del primo rispetto alla seconda.

Quanto alla seconda concezione di autonomia, espressa nell'ultima parte dell'articolo in esame, s'intende l'*autonomia in senso relazionale*, secondo cui s'instaurano rapporti paritari fra diversi centri di riferimento di interessi sia pubblici sia privati. Detta accezione appare sicuramente più ampia della prima e dunque va a ricomprendere anche l'*autonomia in senso difensivo*: così, sparisce non solo la distinzione tra "centro" e "periferia", ma anche il rapporto monodirezionale dal centro alle periferie e viceversa, ed ogni soggetto stabilisce rapporti con gli altri in maniera del tutto autonoma, andando così ad acquistare la possibilità di creare, in tutte le molteplici direzioni, relazioni fra diversi centri di riferimento di interessi. I rapporti basati sull'autonomia relazionale si descrivono come un *sistema reticolare*³⁴, in cui i rapporti fra i vari soggetti sono potenzialmente infiniti e in cui ogni snodo è un soggetto portatore di interessi. Ogni soggetto coinvolto mantiene la propria autonomia ed il risultato è una rete di rapporti fra soggetti autonomi, ognuno dei quali si comporta secondo una logica di collaborazione. In questo modo, ogni soggetto si arricchisce nel rapporto con gli altri e l'amministrazione condivisa può operare grazie a forme di collaborazione fra amministrazioni e cittadini. Essendo dinamici e pluridirezionali, i rapporti instaurati sulla base dell'*autonomia relazionale* recano vantaggio a tutti i soggetti che vi partecipano, in quanto tutti i soggetti che formano i nodi della rete di rapporti sono da considerare come portatori di risorse, ognuno secondo le proprie capacità e possibilità. Poiché i rapporti nell'ambito del modello dell'amministrazione condivisa sono fondati sull'*autonomia relazionale*, questo spiega come sia possibile che nell'ambito di tale modello interesse generale ed interesse individuale tendano a coincidere: infatti, è proprio grazie all'*autonomia relazionale* che ogni soggetto contemporaneamente

³⁴ G. ARENA, *Introduzione*, *op.cit.*, p. 48.

riceve e dà qualcosa agli altri, in uno scambio che consente di soddisfare le proprie esigenze mediante l'apertura verso gli altri.

A questo punto risulta anche evidente il collegamento tra questa concezione di autonomia e il concetto di pluralismo, anch'esso alla base del principio di partecipazione e dell'amministrazione *condivisa*, perché nell'accezione relazionale possono instaurarsi rapporti all'interno della rete molteplice delle autonomie soltanto se nella società vi è pluralismo di posizioni e, soprattutto, se vi è rispetto delle reciproche identità ed esigenze, nonché la disponibilità ad accettare, e non solo tollerare, le idee altrui. Non è *soltanto* una questione di democrazia, ma anche di maggior efficienza; infatti, benché l'autonomia relazionale presupponga la parità formale fra i vari soggetti della rete, in realtà fra di essi esistono disparità sostanziali che possono essere accettate solo se si riconosce la validità del principio fondamentale del pluralismo secondo il quale la varietà è una risorsa, non un problema. Rispettare il pluralismo che caratterizza il concetto dell'autonomia relazionale comporta quindi per ciascuno dei partecipanti alla rete di rapporti il duplice vantaggio di veder rispettate le proprie identità, caratteristiche, etc. e di incrementare al tempo stesso la varietà – e quindi la potenziale ricchezza – degli scambi reciproci.

Quindi, anche il principio di autonomia, così inteso, diventa uno dei fondamenti costituzionali per un modello di amministrazione che configura un diverso modo di essere dell'amministrazione e della società in situazione di pluralismo sociale ed amministrativo; il contrario esatto dell'amministrazione separata, segreta, centralizzata e gerarchica.

1.7. Principio di responsabilità e Costituzione

Ai sensi dell'art. 28 della Costituzione:

I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in

violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

Prima dell'introduzione di tale disposizione all'interno della Costituzione, l'Assemblea Costituente si trovò dinnanzi ad una pluralità di esperienze. Innanzitutto, la giurisprudenza applicava alle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione e di responsabilità dei funzionari e dipendenti le norme del codice civile – in particolare, l'art. 1153 del codice civile del 1865 – in tema di *responsabilità indiretta o per fatto altrui*, partendo dall'assunto secondo cui la persona giuridica è incapace di volere e di agire, e quindi una responsabilità a suo carico si configura unicamente in base al rapporto di servizio che lega i due soggetti – pubblica amministrazione e funzionario.

Verso la fine del XIX secolo, va affermandosi la c.d. *teoria organica*, anche su avvallo della Corte di Cassazione³⁵: secondo tale teoria, viene rimossa l'originaria carenza di capacità d'agire della persona giuridica attraverso un principio organizzatorio, secondo cui l'appartenenza delle persone fisiche all'organizzazione dell'ente consente a quest'ultimo di utilizzare come propria la loro volontà e attività, e, quindi, di realizzare esso stesso la fattispecie di illecito civile³⁶. Quindi, in virtù di tale rapporto organico, la responsabilità della pubblica amministrazione per i fatti illeciti dei propri dipendenti viene ascritta direttamente in capo alla stessa come *responsabilità per fatto proprio*. Da ciò, deriva l'inapplicabilità dell'art. 1153 del codice civile del 1865, che configura la responsabilità indiretta della pubblica amministrazione, e si introduce la *responsabilità diretta*, con conseguente applicazione dell'art. 1151 del codice civile del 1865. In questo senso, la persona fisica agente perde d'importanza dinanzi al terzo, il quale agirà nei confronti di un soggetto più solvibile – l'ente – ritenuto autore dell'illecito.

Inizialmente, l'ambito di applicazione dell'art. 28 Cost. era pensato al fine di sanzionare esclusivamente le condotte dolose e colpose dei funzionari dello Stato

³⁵ Cass. Civ., 25 luglio 1940, in foro.it, 1940, I, c. 1148.

³⁶ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, ult. ed., p. 674.

che avessero agito in violazione dei diritti riconosciuti dalla Costituzione³⁷, tuttavia si optò per estenderne la portata a tutti i funzionari degli enti pubblici e a tutti i diritti, così trasformando la norma in principio generale di responsabilità³⁸.

Il dibattito sulla formulazione del testo continuò in Assemblea Costituente, dove furono respinti sia l'emendamento volto ad ammettere la risarcibilità dei danni anche in caso di violazione degli interessi legittimi³⁹ sia l'emendamento volto ad estendere la responsabilità anche per le omissioni, oltre che per gli atti⁴⁰.

Infine, l'Assemblea Costituente approvò l'emendamento, proposto dall'on. Costantini, secondo cui le norme relative alla responsabilità civile sono estese allo Stato ed agli enti pubblici per i fatti dei loro dipendenti, così lasciando impregiudicata la questione giuridica di tale responsabilità.

La disposizione in esame venne, quindi, modificata in quella che risulta oggi nel testo definitivo approvato all'art. 28 Cost.

Occorre sottolineare che la tematica della *responsabilità civile* è stata oggetto di una vasta produzione dottrinale. In particolare, sulla natura della responsabilità (extracontrattuale) della pubblica amministrazione si sono delineati due indirizzi dottrinali: secondo una tesi più risalente⁴¹, la stessa avrebbe natura *indiretta*, mentre, secondo la tesi prevalente, oggi riconosciuta a livello univoco dalla giurisprudenza⁴², va inquadrata quale responsabilità *diretta*.

³⁷ Nel dettaglio, il testo della norma proposta dai relatori, che fu discussa dinanzi alla I Sottocommissione, stabiliva “*I funzionari dello Stato sono responsabili, ai sensi della legge generale o di quella civile, per gli atti compiuti dolosamente o colposamente in violazione dei diritti sanciti dalla presente Costituzione*”, in Atti dell'Assemblea Costituente, I Sottocommissione, seduta 1 ottobre 1946, 158 ss.

³⁸ In particolare, furono approvati gli emendamenti dell'on. Basso, con cui si estendeva l'applicazione della norma a tutti i pubblici funzionari, ivi compresi i dipendenti degli enti pubblici, e dell'on. Lucifero, con il quale si riconosceva la responsabilità dei pubblici funzionari per la violazione di tutti i diritti sanciti dalla Costituzione.

³⁹ Tale emendamento fu proposto dall'on. Costantini.

⁴⁰ Tale emendamento fu proposto dall'on. Corsanego.

⁴¹ E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1953.

⁴² In questo senso, Cass. Civ. SS. UU., 22 agosto 1999, n. 500.

Ad una prima lettura, la norma sembra far riferimento alla responsabilità indiretta per fatto altrui di cui all'art. 2049 c.c. La stessa norma sembra indirizzare verso la strada della doppia responsabilità, secondo cui il soggetto direttamente responsabile è il funzionario, mentre la pubblica amministrazione è il soggetto indirettamente responsabile. La natura *indiretta* della responsabilità è desunta dal rapporto organico tra individuo e pubblica amministrazione. In particolare, viene evidenziato lo stretto legame tra la prima parte della disposizione – disciplinante la responsabilità dei funzionari e dei dipendenti – e la seconda – disciplinante, invece, la responsabilità dello Stato e degli enti pubblici. Tale legame presuppone che l'ente sia responsabile in quanto esista una responsabilità in capo al funzionario. L'esclusione della responsabilità del funzionario impedisce, quindi, che si verifichi una qualsiasi responsabilità dell'ente ex art. 28 Cost. In questo senso, Casetta affermava che nel caso in cui l'illecito consegua all'adozione di un atto illegittimo, vero è che l'atto è dello Stato, in quanto atto, cioè in applicazione della teoria organica, ma non in quanto fatto, dal momento che si tratta di un elemento della fattispecie che non è imputata allo Stato. Ne consegue, dunque, che *“la condizione al cui verificarsi è collegato l'obbligo di risarcimento dello Stato non è l'attribuzione ad esso dell'atto, ma la circostanza che l'atto è stato compiuto dal funzionario nell'esercizio delle incombenze che lo Stato aveva a lui affidato, circostanza che trova la sua origine nell'atto costitutivo del rapporto di servizio”*⁴³. I requisiti della prima responsabilità sono in questo modo condivisi dalla seconda, tuttavia, ciò non permette di parlare di un'unica responsabilità, in quanto quest'ultima non può essere estesa dalla persona fisica alla persona giuridica. Di conseguenza, non si tratta di una responsabilità della persona giuridica parallela a quella della persona fisica, ma di una responsabilità che trova il proprio fondamento nella prima responsabilità.

⁴³ M. C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, 2019, www.ojs.uniurb.it, p. 41, cit. di E. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, p. 246.

Secondo tale interpretazione, il rinvio espresso che l'art. 28 Cost. fa alla legge ordinaria era ritenuto essere l'art. 2049 c.c. (secondo cui “*i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti*”), tenuto conto del rapporto tra committente e commesso, speculare al rapporto tra pubblica amministrazione e funzionario pubblico.

Tale lettura, tuttavia, non è stata accolta dalla giurisprudenza, la quale rafforzò la tesi, peraltro mai abbandonata, della cd. *responsabilità diretta o per fatto proprio* della pubblica amministrazione, configurando una fattispecie di illecito diversa da quella di cui all'art. 28 Cost. sulla responsabilità della persona fisica agente. In questo senso, la norma costituzionale sancisce la responsabilità diretta del pubblico funzionario, al contrario dell'art. 2049 c.c., il quale ha come caratteristica quella di spostare la responsabilità del preposto in capo al padrone, ascrivendo la responsabilità ad un soggetto diverso rispetto a colui che ha commesso il fatto pregiudizievole.

Il legislatore introdusse nel t.u. dello statuto degli impiegati civili dello Stato (d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3) un intero capo – il capo II del titolo II – dedicato alla responsabilità di tutti i soggetti contemplati all'art. 28 Cost. Nello specifico, l'art. 22, rubricato “*responsabilità verso i terzi*”, sancisce la responsabilità personale dell'impiegato “*che cagioni ad altri un danno ingiusto*”, definendo *ingiusto*, all'art. 23, il danno “*derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi commessa con dolo o colpa grave*”. L'obiettivo di tale disciplina è stato quello di alleggerire la responsabilità civile dei funzionari e dipendenti pubblici, prevedendo il requisito della *colpa grave* e non quello della *colpa* di cui all'art. 2043 c.c.

Restava, dunque, da chiarire la natura della responsabilità della pubblica amministrazione.

La giurisprudenza allargò l'ambito di responsabilità della pubblica amministrazione rispetto a quella del dipendente, individuandola nella fattispecie di cui all'art. 2043

c.c.⁴⁴ La responsabilità diretta della pubblica amministrazione è stata elaborata partendo dalla *fictio* del rapporto di *immedesimazione organica* tra amministrazione pubblica e suo funzionario o dipendente, secondo cui la condotta dell'organo è imputata all'ente per perfetta fusione tra il primo ed il secondo. La pubblica amministrazione viene così riconosciuta come direttamente responsabile per il fatto illecito compiuto dal dipendente nell'esplicazione delle funzioni proprie dell'Amministrazione di appartenenza. La *ratio* dell'*immedesimazione organica* si coglie sia nell'esigenza di riferire l'attività compiuta dal dipendente direttamente alla pubblica amministrazione sia nell'esigenza di garantire una maggiore e sicura solvibilità di quest'ultima per il credito risarcitorio⁴⁵. Tale tesi, pertanto, esclude la responsabilità civile della pubblica amministrazione nel caso in cui il pubblico funzionario abbia reciso il rapporto organico, ponendo in essere una condotta in alcun modo riferibile allo Stato o a un ente pubblico, cioè per fini esclusivamente egoistici.

In essa, l'elemento soggettivo non è quello della colpa grave, di cui all'art. 23 t.u. 3/1957, ma la *colpa dell'uomo medio*. Tale grado di colpa veniva richiesto soltanto ove si trattasse di attività materiale dell'ente pubblico, e non quando il danno immediatamente derivasse da un atto amministrativo o dalla sua esecuzione, per il quale si adottava una nozione di colpa abnorme, coincidente con la volontarietà dell'atto.

⁴⁴ A titolo esemplificativo, la Cassazione ha chiarito che “*La pubblica amministrazione risponde quindi immediatamente e direttamente (e non indirettamente, per rapporto institorio) per i fatti illeciti dei suoi funzionari e dipendenti – secondo un’accezione onnicomprensiva – quali che siano le mansioni espletate (di concetto o d’ordine, intellettuali o materiali). L’art. 28 della Costituzione, invero, non ha inteso immutare la natura della responsabilità diretta dell’amministrazione e sanzionare il principio della responsabilità indiretta, non riferibile istituzionalmente alla p.a., ma ha solo voluto sancire accanto ad essa quella propria degli autori dei fatti lesivi delle situazioni giuridiche altrui. Perché ricorra tale responsabilità della p.a. non basta, ovviamente, il semplice comportamento lesivo del dipendente; deve sussistere, infatti, oltre al nesso di causalità fra il comportamento e l’evento dannoso, la riferibilità all’amministrazione del comportamento stesso*”, Cass. civ., sez. II, 4 maggio 2000, n. 10803, in *dejure.it*

⁴⁵ G. TURSI, *La responsabilità civile dello Stato per i danni cagionati dalla condotta del dipendente*, *Danno e Resp.*, 2019, 4, 493 (nota a sentenza), *pa.leggiditalia.it*

A tal proposito, in merito all'elemento soggettivo, è intervenuta l'importante sentenza pilota n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale ha affermato che il giudice dovrà effettuare un'indagine estesa nella valutazione della colpa della pubblica amministrazione, intesa come *apparato*, che sarà configurabile “*nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità*”.

Occorre sottolineare che la natura *diretta* della responsabilità pone il problema del limite di imputabilità della condotta dell'agente all'ente pubblico, in quanto l'*immedesimazione organica* non può verificarsi in ogni caso. Infatti, ad esempio, non è configurabile laddove l'attività sia posta in essere da soggetti agenti che non rivestano la qualifica di organo. In questo senso, si afferma che “l'imputabilità si riscontra quando l'attività colposa o dolosa dei dipendenti sia diretta a fini istituzionali, ancorché con abuso di potere, ma sia esclusa quando trovi nella pubblica amministrazione solo l'occasione del suo manifestarsi per finalità estranee a quelle dell'ufficio”⁴⁶.

Ai sensi dell'art. 18 t.u. 3/1957, il funzionario o dipendente, laddove l'ente pubblico sia ritenuto responsabile ex art. 2043 c.c. del danno arrecato al terzo, dovrà ristorare il danno subito dall'ente, in quanto da lui cagionato in violazione di obblighi di servizio, salvo che abbia agito per un ordine che era obbligato ad eseguire, mentre la sua responsabilità non viene meno se ha agito per delega del superiore. Inoltre, l'art. 22 t.u. 3/1957 sancisce la possibilità per l'amministrazione di rivalersi, agendo contro il dipendente, dinnanzi alla Corte dei Conti.

Appare, quindi, rilevante la divergenza tra responsabilità della pubblica amministrazione e responsabilità del funzionario o dipendente pubblico. Per i dipendenti è richiesta la colpa grave, per l'amministrazione è richiesta la colpa

⁴⁶ E. CASSETTA, *Manuale*, op. cit., p. 677.

dell'uomo medio, in relazione all'attività materiale della stessa, o, la colpa intesa quale "colpa dell'apparato", nel caso in cui il danno consista nell'emanazione di un atto amministrativo.

Risulta, quindi, evidente non solo quanto sia più conveniente per il terzo danneggiato rivolgersi direttamente all'ente pubblico per essere risarcito ex art. 2043, sia sotto il profilo probatorio – nonostante la nozione di *colpa dell'apparato* sia incerta e oscura – sia per la probabilità di esito favorevole del giudizio, sia sotto il profilo della solvibilità del debitore, ma anche come tale previsione dia impulso al corretto funzionamento della pubblica amministrazione, anche in virtù del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Da ultimo, è possibile affermare come tale principio di responsabilità assuma rilevanza nel modello dell'amministrazione *condivisa*. Innanzitutto, è indissolubilmente legato al principio di autonomia, in quanto i soggetti che co-amministrano godono di una sfera di autonomia, che necessariamente presuppone che questi si assumano la responsabilità delle proprie scelte.

Inoltre, tutti i soggetti che decidono autonomamente di co-amministrare per contribuire allo svolgimento della funzione stessa dell'amministrare – e cioè il raggiungimento costituzionale del pieno sviluppo della persona umana – condividono non solo le risorse, ma anche la responsabilità connessa.

Per "essere responsabile" s'intende letteralmente "rispondere di, rispondere per qualcosa": tendenzialmente, seppur si tende a far prevalere il profilo negativo del termine, tuttavia, nel modello dell'amministrazione *condivisa*, il "rispondere per" ha una valenza fortemente positiva⁴⁷. È per questo che il profilo della responsabilità che caratterizza il modello dell'amministrazione *condivisa* si traduce in un'assunzione di responsabilità che accumuna cittadini e amministrazione per la soluzione comune di un problema di interesse generale.

Ma, perché scaturisca una simile assunzione di responsabilità in merito alla soluzione di un problema, è necessario che tutti i soggetti coinvolti nel rapporto

⁴⁷ G. ARENA, *Introduzione*, op.cit., p. 50.

siano chiamati ad assumere una decisione autonoma. Per questo, nuovamente, autonomia e responsabilità sono inscindibilmente legate.

1.8. Partecipazione e articolo 49 della Costituzione

Ai sensi dell'art. 49 della Costituzione:

Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale.

L'art. 49 della Costituzione, seppur spesso estraneo alla riflessione sulla democrazia partecipativa, è stato interpretato dalla più illustre dottrina come fonte di un “*diritto di partecipazione permanente* che supera e trascende quel diritto di partecipazione solo puntuale garantito dal diritto elettorale attivo”⁴⁸. Secondo una dinamica di tipo *integrativo-partecipativo*⁴⁹, il concorso dei partiti politici è collocato in posizione strumentale rispetto al *concorso dei cittadini*⁵⁰. Infatti, il voto – ma anche la militanza politica – sono attività “strettamente interne al funzionamento della democrazia rappresentativa e dal punto di vista della società esprimono una partecipazione puramente indiretta”⁵¹. In questo senso, l’obiettivo della *democrazia partecipativa* non è la rivendicazione del potere, bensì l’interlocuzione stabile tra soggetti pubblici e società civile, e questo è possibile solo attraverso un modello basato sulla collaborazione e non sulla delega del potere o sull’esercizio esclusivo dello stesso. Ed il senso più profondo del mutamento voluto dal Costituente rispetto all’imposizione liberale era “passare da una partecipazione relegata in atti episodici ai confini dei processi decisionali ad una partecipazione strutturale alle dinamiche di esercizio del potere”⁵².

⁴⁸ V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, cit., pp. 116 ss.

⁴⁹ A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, op.cit., p. 7.

⁵⁰ V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, op. cit., p. 133.

⁵¹ U. ALLEGRETTI, alla voce *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2011, Annali n. 4, p. 304.

⁵² A. VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, op. cit., p. 7.

1.9. Partecipazione amministrativa, buon andamento, imparzialità e trasparenza

Ai sensi dell'art. 97, secondo comma, della Costituzione:

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

La *democrazia partecipativa* deve porsi necessariamente il problema delle possibili forme di inclusione della società nell'attività pubblica. Lo studio del tema della partecipazione del privato al procedimento amministrativo pone non poche insidie nella ricerca di un punto di equilibrio tra il buon andamento dell'azione amministrativa, che di per sé non tollera aggravii ingiustificati del procedimento, e la sua apertura democratica, che, invece, impone necessariamente un'estensione dell'intervento del privato⁵³. Questa difficoltà è rappresentata, da un lato, dal rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, e dall'altro, dagli interessi coinvolti nei procedimenti partecipativi e nella legittimazione processuale amministrativa⁵⁴.

Strettamente connesso alla prima problematica, occorre preliminarmente osservare come nel testo della Costituzione sia evidente la continuità della pubblica amministrazione con il modello che caratterizzava lo Stato liberale: la società rileva più che altro come somma di *amministrati*, di *soggetti passivi della potestà amministrativa* ai quali, considerati come singoli, deve al più essere assicurata la tutela contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione, che resta però l'unico *soggetto attivo* nell'esercizio di tale potestà⁵⁵. E la scelta di tale approccio ha impedito di cogliere le prospettive innovative già emerse in Assemblea Costituente, come quelle presentate dalla I^a Commissione Forti, istituita il 21 novembre 1945, relativamente alla partecipazione procedimentale, ed in particolare

⁵³ M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. proc. civ.*, 1980, p. 226 e ss.

⁵⁴ *Infra*, Capitolo III – Tra procedimento e processo: il problema degli interessi superindividuali.

⁵⁵ U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 140.

all'apertura della fase istruttoria alla partecipazione dei privati, sia pure ancora in un'ottica garantistica. La convinzione dello scarso rilievo costituzionale della materia amministrativa portò ad ignorare del tutto il richiamo all'importanza del procedimento amministrativo nel quadro generale della disciplina costituzionale. Successivamente, nel 1984 Massimo Severo Giannini⁵⁶ evidenziò la necessità di nuovi diritti del cittadino nei rapporti con l'amministrazione per porre fine alle immotivate lentezze e agli autoritarismi dell'agire amministrativo, necessità che portò a predisporre due schemi normativi, sul diritto di accesso e sul procedimento amministrativo, destinati ad essere riuniti nel d.d.l. depositato il 19 novembre 1987, n. 1913, che nel 1990 diede vita alla legge 241⁵⁷.

Con la legge 241 del 1990 il legislatore ha inteso rimodellare i rapporti tra lo Stato – pubblica amministrazione ed il cittadino – amministrato, alla luce del principio generale di cui all'art. 1, *“Principi generali dell'attività amministrativa”*⁵⁸, secondo cui l'attività amministrativa è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza. Inoltre, egli ha inteso favorire la più ampia partecipazione al procedimento amministrativo da parte dei cittadini – intesi quali *“soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, soggetti che per legge debbono intervenire, soggetti individuati o facilmente individuabili diversi dai diretti destinatari”*. Con la successiva legge n. 15 del 2005 si assiste alla definizione di una legge sul procedimento amministrativo, che ha come obiettivo *“quello di instaurare un rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione sempre più ispirato da principi di efficienza, economicità ed imparzialità; un rapporto, cioè, che, pur partendo*

⁵⁶ Massimo Severo Giannini fu nominato nel 1984 a presiedere i lavori di una Commissione di studio istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed articolata in tre sottocommissioni, presiedute a loro volta dal presidente Renato Laschena e dai professori Mario Nigro e Sabino Cassese.

⁵⁷ L. GRECO, *Sulla legge 241/90 con particolare riferimento al procedimento ed alla motivazione del procedimento*, www.ratiojuris.it, 2017.

⁵⁸ Rubrica così introdotta con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante *“Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa”*.

dalla consapevolezza del peculiare interesse che la pubblica amministrazione deve perseguire nel suo agire, si avvicini sempre più ad un modello paritario dei rapporti tra cittadini ed amministrazioni”⁵⁹.

Tuttavia, nonostante una maggiore apertura verso la partecipazione amministrativa, occorre sottolineare come la spinta innovatrice dello schema originario della legge generale sul procedimento amministrativo – che, tra i vari istituti, prevedeva inoltre l’innovativa *istruttoria pubblica*⁶⁰ – venne depotenziata, in quanto molti dei nuovi istituti vennero letti in un’ottica garantistica più che valorizzatrice del ruolo attivo dei cittadini e delle formazioni sociali nell’attività volta alla realizzazione dell’interesse generale⁶¹. Come ricordato in letteratura⁶², la partecipazione del privato, laddove ammessa, viene considerata come momento di anticipazione della garanzia del singolo che può subire un pregiudizio dal provvedimento e talora anche come ipotesi di collaborazione all’esercizio del potere pubblico, ma non viene quasi mai considerata come occasione per il coinvolgimento attivo dei cittadini nella

⁵⁹ Relazione del disegno di legge n. 3890, approvato dal Senato in data 10 aprile 2003, www.senato.it

⁶⁰ Nella legge generale non veniva recepito il modello dell’istruttoria pubblica previsto dal titolo III, all’art. 7 del testo originario proposto dalla Commissione “*per l’adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energetiche e l’esecuzione di opere pubbliche, che incidono in modo rilevante sull’economia e sull’assetto del territorio e che rientrano nelle categorie individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri*”. Lo stesso testo prevedeva anche che l’istruttoria fosse “*facoltativa nel caso di altri procedimenti di particolare interesse partecipativo. A tal fine, l’ufficio procedente, previo avviso pubblico, indice apposite riunioni per l’esame dell’iniziativa. Alle riunioni possono partecipare, oltre ai promotori dell’iniziativa, le pubbliche amministrazioni e le organizzazioni sociali e di categorie interessate. Tutti coloro che vi abbiano interesse, anche di fatto, possono far pervenire proposte e osservazioni scritte. Ogni amministrazione interessata adotta e rende pubbliche norme di disciplina delle modalità di svolgimento e della verbalizzazione delle conclusioni delle riunioni di cui al secondo comma. In mancanza di tali norme, le riunioni si svolgono secondo criteri stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da emanare entro un anno dall’entrata in vigore della presente legge. Il Presidente del Consiglio dei ministri, può, altresì, con atto di indirizzo e coordinamento, emanare in materia direttive vincolanti per tutte le amministrazioni pubbliche*”. Le proposte della Commissione si trovano in *Quad. regionali*, n. 4 ott.-dic., 1984, p. 1339. Il disegno di legge è stato pubblicato in *Riv. trim. di scienza dell’amministrazione*, 1987, n. 2, p. 85.

⁶¹ U. ALLEGRETTI, *L’amministrazione dall’attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, op.cit., pp. 98 ss.

⁶² Si veda, in particolare, U. ALLEGRETTI, *ibid.*, pp. 150 ss e pp.160 ss.

formazione delle decisioni pubbliche. Come affermato da F. Benvenuti, *“La rivoluzione, se così si può chiamare, consiste nel capovolgimento della concezione del posto e della funzione dei cittadini nell’ambito di uno Stato che voglia essere ispirato (...) a principi di democrazia, i quali non possono ridursi al riconoscimento di posizioni giuridiche passive dei cittadini nei confronti dello Stato e quindi alla loro tutela, ma deve evolversi nel senso del riconoscimento di posizioni giuridiche attive nell’ambito delle funzioni, ciò che va sotto il nome di partecipazione”*⁶³. A tal proposito, è possibile affermare come il principio di imparzialità, di cui all’art. 97, secondo comma, della Costituzione, troverebbe effettiva realizzazione proprio nella ridefinizione dei rapporti fra pubblico e privato: la libertà attiva del cittadino *“fonte di un rapporto paritario”* fa sì che l’imparzialità diventi *“metro di quel rapporto”* e in più *“ne fa scaturire un risultato sociale che è automaticamente il realizzarsi del principio di solidarietà. Non più una posizione di conflitto fra le due parti di quel rapporto ma una posizione di collaborazione reciproca nell’interesse generale”*⁶⁴.

Il ruolo della pubblica amministrazione non è equiparabile al ruolo dei cittadini: *“Naturalmente, questa pluralità non si concreta in una impensabile parificazione del ruolo dell’autorità e di quello degli amministrati (...) quest’ultimo ruolo non può che essere partecipativo al ruolo dell’autorità”*⁶⁵. Tuttavia, è lecito considerare una *“causa comune”* tra amministrazione e amministrati, nel momento stesso in cui l’una e gli altri sono coinvolti in un identico procedimento, teso a realizzare l’interesse generale e improntato alla collaborazione fra le parti: *“(…) gli atti di partecipazione dell’amministrato e l’atto dell’amministrazione (...) hanno causa comune. Ovvero (...) la causa è identica per tutti i soggetti partecipanti alla funzione. Gli uni e gli altri atti non hanno causa rispettivamente nel vantaggio che*

⁶³ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino: tra libertà garantita e libertà attiva*, I Grilli Marsilio, 1994, cit., p. 23.

⁶⁴ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, op. cit., p. 88.

⁶⁵ U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, p. 272.

ciascun soggetto si attende dalla funzione, ma nel nesso che unisce le posizioni rispettive nel rapporto amministrativo"⁶⁶.

Accanto all'imparzialità, si colloca il principio di buon andamento, il quale, dopo un primo periodo in cui fu ascritto all'area dell'*irrilevante giuridico*⁶⁷, costituisce oggi uno strumento di connessione tra assetto organizzativo ed esercizio dell'azione. In particolare, la giurisprudenza e la dottrina degli anni Sessanta e Settanta ha messo in luce la portata della norma costituzionale, che impone al legislatore di tenere conto nell'organizzazione degli uffici della *superiore esigenza*⁶⁸ del buon andamento⁶⁹. Successivamente, Sepe e Andreani hanno concepito il principio di buon andamento quale espressione fondamentale della funzione di indirizzo governativo, ed in particolare di coordinamento sia dei diversi livelli di governo sia dei differenti poteri pubblici. Attribuivano, quindi, al principio valore precettivo e significato di dovere di efficienza. Il loro merito è stato non solo

⁶⁶ U. ALLEGRETTI, *ibid.*, p. 266.

⁶⁷ La dottrina, infatti, afferiva il buon andamento alla materia delle scienze dell'amministrazione, in quanto ritenuta "indegna" di assurgere al piano del diritto, o al più inglobata nel significato giuridico di imparzialità dell'azione amministrativa, rinunciando ad una sua specifica autonomia concettuale. In particolare, si veda C. DE SETA, *Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento*, in *Ammin. e Contab.*, 1985.

⁶⁸ R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, 2011, ius-publicum.com, p. 5.

⁶⁹ In particolare, dal punto di vista giurisprudenziale, assume rilievo la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 1972, con la quale fu rilevato che ove fosse "*legislativamente posto un sistema organizzativo che renda possibile, anche solo in astratto, di onorare i principi del buon andamento e della imparzialità, le norme del sistema stesso non possono essere ritenute costituzionalmente legittime*". La sentenza, nello specifico, coglieva la rilevanza del principio di buon andamento sotto il profilo dell'organizzazione in una dimensione relazionale, e non più statica. Invero, dal punto di vista dottrinale, M. S. GIANNINI affermava che la garanzia del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. "*è una norma che eleva un principio di scienza dell'amministrazione, quello dell'efficienza, a canone dell'attività di organizzazione giuridicamente rilevante*", in *Lezioni di diritto amministrativo. Anno 1959-60*, Milano, 1961, p. 62. Egli, dunque, valorizzava il buon andamento quale paradigma di qualificazione oggettiva dell'organizzazione amministrativa nella sua dimensione dinamica.

Inoltre, M. NIGRO precisava, in relazione all'art. 97 Cost., che "*l'affermazione del costituente è tanto più importante in quanto non si riferisce alla sola attività del legislatore, ma ad ogni attività (normativa) di organizzazione, la quale è vincolata a costruire l'organizzazione in modo da garantire, attraverso di essa, l'imparzialità ed il buon andamento*", in *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 67 ss.

quello di aver contribuito ad attribuire rilevanza organizzatoria al principio in esame, ma anche di averlo proiettato in una dimensione unitaria e relazionale dell'ordinamento. In questo senso, l'art. 97 Cost. costituisce il raccordo tra momento funzionale e momento strutturale dell'amministrazione ed esprime la necessità che la cura degli interessi pubblici si realizzi “*in un modo sostanzialmente soddisfacente, e non solo corretto*”⁷⁰. Inoltre, non è da trascurare neppure la teoria della cd. *procedimentalizzazione del buon andamento*, proposta nel 1968 da Berti⁷¹, il quale aveva gettato i semi dell'idea relazionale del principio del buon andamento, seppur ancora con un carattere formalistico, in quanto il raccordo tra enti istituzionali assumeva rilievo solo in quanto disciplinato nell'ambito di una sequenza procedimentale. Invece, oggi, appare evidente come il principio di buon andamento, tra gli strumenti di coordinamento intersoggettivo, costituisca un “*precetto funzionale a contenuto sostanziale*”⁷², volto al raggiungimento di risultati pratici di raccordo tra enti istituzionali. In altri termini, per la rilevanza organizzatoria che oggi riveste, il principio di buon andamento costituisce espressione dell'*efficienza pubblica*, ossia della necessità di un'effettiva tutela di tutti gli interessi affidati a ciascun livello di governo, ferme restando le necessità di temperamento e unitarietà insite nel bilanciamento tra sussidiarietà ed adeguatezza, rimesse alla valutazione discrezionale dell'amministrazione. Quindi, oggi, l'azione dell'amministrazione non deve più essere valutata solamente alla stregua della legittimità del provvedimento, ma anche in relazione alla prontezza, tempestività e modalità con cui essa interviene a fronteggiare le necessità pubbliche. Il che comporta “un controllo gestorio preordinato a stimolare iniziative volte al miglioramento della funzionalità degli apparati pubblici”⁷³.

⁷⁰ R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, 2016, iris.unipa.it, cit., p. 178.

⁷¹ Si veda G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

⁷² A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

⁷³ R. URSI, op.cit., p. 183.

Si può, dunque, concludere affermando che il principio di buon andamento erge a *cardine della vita amministrativa e quindi condizione di svolgimento della vita sociale*⁷⁴ e si traduce nell'essere non solo collante del sistema, ma anche catalizzatore dei conflitti.

In questo senso, in tema di buon andamento, la partecipazione ha un vantaggio, in quanto “*stabilizza*”⁷⁵ l'atto finale, tuttavia rimane inevitabile il rischio rappresentato dall'aggravamento della procedura. Peraltro, la stabilità delle decisioni pubbliche assume un valore diseguale rispetto alla tempestività nell'agire: un procedimento abbreviato nei tempi può condurre a un atto contrario all'interesse pubblico. Per detto motivo, un'effettiva partecipazione dei cittadini consentirebbe di evitare l'evenienza per cui, laddove si privilegiasse la celerità nell'adozione di un provvedimento, l'amministrazione trascurasse l'esigenza di comprendere a fondo la situazione in cui interviene, consentendo all'amministrazione procedente una più completa istruttoria, e così facilitando il buon andamento della sua azione; quest'ultimo raggiungibile, inoltre, attraverso la sconfessione del dogma dell'uniformità e dell'unitarietà dell'interesse pubblico a favore della valorizzazione del ruolo dell'amministrazione quale catalizzatore di interessi molteplici e variegati.

È opportuno, inoltre, evidenziare come la necessità di un maggior coinvolgimento dei cittadini emerga a più forza dalla normativa in materia di trasparenza⁷⁶, la quale assurge a mezzo fondamentale e necessario per garantire l'effettività dei principi costituzionali dedicati alla pubblica amministrazione. Occorre, pertanto,

⁷⁴ Come affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 123 del 1968.

⁷⁵ A tal proposito, occorre ricordare G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, 1969, il quale sostiene che la stabilità è “*inversamente proporzionale alle controversie, cui l'atto conclusivo dell'iter procedimentale può dar luogo (...). Se si conviene su tali osservazioni, apparirà che l'intervento dei cittadini interessati nel procedimento di formazione del provvedimento che li concerne, è strumento adeguato per prevenire eventuali fasi contenziose (...). Per tal via, già in tale importante fase, il rapporto dialettico tra i vari soggetti opererà come una forza che tende alla composizione degli opposti interessi*”, pp. 88 – 89.

⁷⁶ M. TIMO, *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, Osservatorio Costituzionale, Fascicolo 3/2016, 8 novembre 2016, AIC (Associazione Italiana dei Costituzionalisti), p. 9.

sottolineare che la necessità di ancorare il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni al dettato costituzionale era emersa già durante i lavori dell'Assemblea Costituente: gli onorevoli La Rocca e Togliatti, a tal fine, avevano proposto un comma aggiuntivo nel corpo dell'art. 91, poi diventato art. 97 della Costituzione: *“La legge determina i modi e le forme in cui si esercita il controllo popolare sulle pubbliche amministrazioni”*⁷⁷. L'emendamento era basato sul concetto per cui dovesse essere esercitato un controllo sulla pubblica amministrazione da parte di chi detiene la sovranità, e quindi da parte del popolo. Tuttavia, l'emendamento fu respinto, in particolare per l'asserita inutilità di una riserva di legge in materia, ritenendo superflua la previsione di ulteriori forme di controllo popolare sulla pubblica amministrazione rispetto a quelle già esistenti⁷⁸. Pertanto, il principio di trasparenza resta un principio costituzionale implicito, considerando anche che la sua costituzionalizzazione naufragò per effetto dell'esito referendario del 4 dicembre 2016, che prevedeva l'aggiunta del principio di trasparenza nell'art. 97 Cost. e nell'art. 118 Cost. con riferimento all'esercizio delle funzioni amministrative⁷⁹.

Il primo dei decreti legislativi attuativi della cd. “Legge Madia”, Legge 7 agosto 2015 n. 124, approvato il 16 maggio 2016, all'art. 6 sostituisce il testo dell'art. 5 d.lgs. 33/2013, introducendo il nuovo comma 2, che dispone la possibilità per chiunque di accedere ai dati e documenti in possesso delle amministrazioni. Tale disposizione è significativa sia perché l'accesso ai documenti è presupposto della partecipazione, secondo il principio per cui *“per partecipare è necessario essere informati”* sia perché la partecipazione viene riferita in generale al dibattito pubblico e quindi alla creazione dell'opinione pubblica sia perché la partecipazione è estesa a *“chiunque”*, indipendentemente dalla posizione soggettiva detenuta. I nuovi articoli 5 e ss. del d.lgs. 33/2013 si pongono in linea con l'equivalente

⁷⁷ Seduta del 24 ottobre 1947, Presidente Terracini, in S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in Dir. amm., 2017, n. 1, Milano.

⁷⁸ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in Dir. amm., 2017, n. 1, Milano, p. 67.

⁷⁹ S. FOÀ, *ibid.*, p. 68.

americano “*Freedom of information act*”, consapevoli della necessità di incentivare il ruolo della cittadinanza nella determinazione e nel controllo dell’agire della pubblica amministrazione. Il legislatore delegato ha, in questo senso, recepito le osservazioni del Consiglio di Stato⁸⁰ che, richiamando espressamente il concetto di democrazia amministrativa, ha evidenziato che “*se l’interesse pubblico – inteso tecnicamente come “causa” dell’atto (e del potere) amministrativo – non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente I component della comunità, occorre anche “rendere visibile” il modo di formazione dell’interesse medesimo, I soggetti che vi concorrono, le fasi del procedimento di formazione dell’atto, nonché “rendere conoscibili” i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate. Ciò al fine di realizzare l’aspirazione a una democrazia intesa come “regime del potere visibile” (secondo la definizione di Norberto Bobbio) e la “casa di vetro” secondo la definizione di Turati*”. La trasparenza, dunque, deve essere intensa non solo *ex post* come controllo sugli esiti dell’azione amministrativa, ma anche *ex ante* come strumento di partecipazione dei consociati per la definizione di scelte incidenti sulla collettività⁸¹.

Tuttavia, come meglio si esporrà in seguito⁸², i casi di rifiuto dell’accesso civico generalizzato coinvolgono un gran numero di interessi, ed in particolare, oltre ad una serie di interessi pubblici, emergono una serie di interessi privati, tra cui gli *interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica*. Ed il problema si riscontra proprio in questo punto, in quanto, se è proprio dagli interessi economici e commerciali che è possibile cogliere “la finalità promozionale della

⁸⁰ Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, n. 515/2016 del 24 febbraio 2016, punto 4.1. del considerando.

⁸¹ S. FOÀ, *op.cit.*, p. 71.

⁸² *Infra*, Paragrafo 2.7. Il diritto di accesso in Capitolo II – La partecipazione al procedimento amministrativo.

partecipazione come strumento di composizione dei conflitti economici”⁸³, dagli stessi è possibile cogliere una limitazione nella portata della partecipazione, così rischiando di vanificare le potenzialità dell’istituto stesso.

“Imparzialità e partecipazione tendono assieme ad una buona amministrazione democratica e chiamano in gioco la regola dell’agire in modo trasparente, concetto che contribuisce a dare contenuti e limiti anche alla pubblicità e al diritto di accesso che, per essere funzionalmente indirizzati a garantire il buon funzionamento dell’amministrazione, devono esprimere correttezza e comprensibilità nell’azione amministrativa da parte del cittadino, che così partecipa in modo consapevole e attivo. Ecco che allora il cerchio si chiude tornando a garantire al cittadino il diritto-dovere alla partecipazione al procedimento che si rapporta in modo dialettico con l’amministrazione chiamata ad esercitare la potestà autoritativa, sino a poter sostituire la decisione provvedimento con l’accordo”⁸⁴.

Occorre affermare che, nonostante si riconosca un ruolo positivo alla cittadinanza amministrativa nella democrazia partecipativa, i modelli di democrazia partecipativa attualmente esistenti non dispongono di cogenza nei confronti della pubblica amministrazione, la quale rimane libera nelle sue valutazioni. La conseguenza è il rischio che l’amministrazione scelga autonomamente, vanificando il momento partecipativo⁸⁵.

La democrazia partecipativa richiede, non solo che si accentuino gli aspetti maggiormente innovativi della disciplina amministrativa e che si rompa con la tradizionale impostazione unilaterale, formale e rigidamente sequenziale che ha fortemente caratterizzato in passato l’agire amministrativo, ma anche che il procedimento non ammetta più genericamente la partecipazione in un’ottica garantistica. Ciò che risulta ora necessario è che il procedimento si connoti sempre

⁸³ A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un’innovazione limitata*, in *Dir. Amm.* 2017, n. 3, p. 620.

⁸⁴ A. M. CECERE, *L’amministrazione pubblica nel sistema ordinamentale multilivello in Italia. Il cammino dell’integrazione europea ha radici costituzionali forti*, 25 novembre 2016, in *Amministrazione in Cammino*.

⁸⁵ M. TIMO, *op.cit.*, p. 10.

più per la sua natura sostanziale di sede per l'introduzione di tutti gli interessi rilevanti del vivere comune e che la partecipazione, valorizzata in tutte le fasi del procedimento, sia idonea ad incidere sulla decisione e non sia più relegata ad un mero ruolo consultivo. Ciò permetterebbe sia di rendere trasparente il condizionamento di tali interessi sulla decisione sia di esporre il procedimento alla dinamica della democrazia, evitando che si realizzi, in modo occulto, a solo vantaggio degli interessi forti, che non hanno bisogno di un riconoscimento formale per incidere sulle decisioni della pubblica amministrazione⁸⁶.

Come sottolineato in letteratura ⁸⁷, per definire un nuovo modello di amministrazione quanto più compatibile con il disegno costituzionale che permetta il superamento del modello "classico" dell'amministrazione è necessaria una presa d'atto, da un lato, della molteplicità delle relazioni possibili tra la pubblica amministrazione ed il privato e, dall'altro, dell'esigenza di superare quelle relazioni contrassegnate dal binomio potestà/soggezione e connotate dalla mera "esternalizzazione" verso i privati di funzioni pubbliche. La possibilità di concepire un nuovo rapporto tra pubblico e privato si stabilisce nel momento in cui si comincia a ritenere che il privato entri in contatto con l'amministrazione non solo per difendere la propria sfera soggettiva, ma anche per trovare in essa il supporto organizzativo e operativo necessario per la cura dell'interesse generale.

Un problema, non di poco conto, risiede anche nella persistenza dell'approccio "classico" nel metodo di studio. La cultura giuridica dimostra tuttora una chiara difficoltà a cogliere scenari nuovi proposti dagli sviluppi dell'ordinamento democratico, quali la valorizzazione delle istanze partecipative, in quanto vi è la necessità di elaborare nuovi strumenti concettuali e nuove griglie di riferimento in grado di tener conto delle reali dinamiche che si attivano nel confronto fra gli

⁸⁶ M. BOMBARDELLI, *Umberto Allegretti, L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, Diritto Pubblico (ISSN 1721-8985), Fascicolo 3, settembre-dicembre 2009, Il Mulino – Rivisteweb.

⁸⁷ Si veda, a tal proposito, U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione*, op.cit.

interessi in un ordinamento democratico e pluralista⁸⁸. E tale incapacità viene colta anche nella difficoltà a dialogare con altre discipline scientifiche, quali la sociologia, l'urbanistica, l'economia: questo atteggiamento diventa particolarmente evidente in relazione agli sviluppi della democrazia partecipativa. Quindi, ciò che risulta necessario per disciplinare correttamente i fenomeni di democrazia partecipativa, secondo una certa letteratura, è “*dislocare la configurazione stessa delle nostre idee sul diritto*”⁸⁹: diviene, dunque, importante sia intendere il diritto sempre più in maniera *dinamica* anziché *statica* sia configurare il diritto come ordine riferito alla complessità del reale, in cui “*ogni elemento è da valutare dal suo essere elemento di una complessità anziché puntualmente come realtà specifica normativa e giudicabile di per sé sola*”⁹⁰.

1.10. Dall'amministrazione sovrana all'amministrazione condivisa: il principio di sussidiarietà

Il problema del nuovo Stato e del nuovo cittadino presuppone una disamina dell'evoluzione legislativa e storica dell'articolo 118 u.c. della Costituzione, ed in particolare del principio di sussidiarietà; e ciò s'impone come momento essenziale sia per la comprensione dei processi in evoluzione sia per le prospettive di riforma. L'attività amministrativa è stata, ed è tuttora, caratterizzata da un modello tradizionale cd. *bipolare*⁹¹, in cui i soggetti pubblici sono i soli ad essere legittimati ad operare nell'interesse generale, mentre i cittadini sono per definizione in una

⁸⁸ U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, op.cit., p. 188.

⁸⁹ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2008, cit., p. 198.

⁹⁰ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, 2010, cit., www.fupress.it, pp. 31 ss.

⁹¹ È Sabino CASSESE ad aver utilizzato l'espressione “*paradigma bipolare*” per indicare lo schema teorico sul quale si è fondato il rapporto fra amministrazioni pubbliche e cittadini, in *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv.trim.dir.pubb.*, 2001.

posizione passiva, di meri destinatari dell'intervento dei pubblici poteri. In particolare, il paradigma bipolare è espresso in due brani di due grandi giuristi del XX secolo, Santi Romano e Massimo Severo Giannini⁹².

Santi Romano, nel *Corso di diritto amministrativo* del 1930, affermava che “*I soggetti nel campo del Diritto amministrativo possono essere di diverse specie (...). Ma la distinzione che ci sembra fondamentale e a cui quindi occorre subordinare le altre, è quella tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa. Bisogna, così, contrapporre, da un lato, i soggetti che amministrano e che, nel loro insieme costituiscono (...) la pubblica amministrazione, e, dall'altro, gli amministrati*”⁹³.

Massimo Severo Giannini, in *Lezioni di diritto amministrativo* del 1950, affermava che “*Nelle comunità statali attuali (Stato comunità), da un lato vi sono le autorità pubbliche, che si esprimono nello Stato organizzazione; dall'altro le persone, o soggetti privati, o cittadini (...), le quali possiedono alcuni diritti fondamentali. Vi sono, perciò, nella comunità statale, due forze, l'autorità e la libertà, le quali hanno dei centri di appoggio e di espressione*”⁹⁴.

Questo è dunque “*il paradigma fondamentale del diritto pubblico nel XX secolo: due poli separati, né convergenti, né contrattanti, ma in contrapposizione, a causa della superiorità di uno sull'altro; a compensare tale superiorità, quello più forte è astretto a regole e doveri, mentre il privato agisce secondo il proprio interesse, in modo libero, salvo limiti esterni imposti dalla legge. Intorno a questo paradigma si sono formati e sviluppati i modi dello studio e del sapere giuridico, per cui può dirsi che ogni pur remoto suo angolo è influenzato da questa fondamentale contrapposizione*”⁹⁵.

⁹² G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Roma, 2003, p. 13.

⁹³ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, p. 83, cit.

⁹⁴ M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 71, cit.

⁹⁵ S. CASSESE, *L'arena pubblica.*, *op.cit.*, p. 602, cit.

Di un nuovo modello di amministrazione, fondato sulla collaborazione fra amministrazione e cittadini, si comincia a parlare nel 1997. In alcuni studi⁹⁶ si immagina un modello di amministrazione, che si discosti dal precedente, partendo da tre presupposti: in primo luogo, mutando il rapporto tra amministrazione e cittadini, in modo tale che questi ultimi “escano dal ruolo passivo di amministrati per diventare co-amministratori, soggetti attivi che, integrando le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l’amministrazione, si assumono una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale”⁹⁷; in secondo luogo, partendo dalla convinzione secondo cui “i dipendenti pubblici italiani, se adeguatamente formati e motivati, sono perfettamente in grado di far funzionare il modello di co-amministrazione”⁹⁸; infine, basandosi “sull’assunto che sia non solo possibile ma anche necessario inquadrare all’interno di una nuova griglia teorica una serie di esperienze ed istituti giuridici presenti nel nostro sistema amministrativo ma tuttora privi di uno status teorico adeguato”⁹⁹.

Il paradigma che legittima e costituzionalizza il passaggio dal modello tradizionale di amministrazione cd. *bipolare* e gerarchico al modello di amministrazione *condivisa*, pluralista e paritaria è, senz’altro, il principio di sussidiarietà orizzontale.

1.10.1. Le origini del principio di sussidiarietà

Il principio di sussidiarietà è penetrato nell’ordinamento italiano con un processo di trasformazione istituzionale: esso è stato introdotto dapprima nella legislazione ordinaria con la legge n. 59 del 1997, cd. *Legge Bassanini*, con il d.lgs. 267 del 2000, cd. *Testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali*, e con la legge 328 del 2000, cd. *Legge Signorino-Turco*, per poi diventare principio costituzionale in seguito alla riforma del titolo V, parte II, della Costituzione, attraverso la l. cost.

⁹⁶ In particolare, si veda G. ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, op.cit.

⁹⁷ G. ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, op.cit., p. 29.

⁹⁸ G. ARENA, *ibid.*, p. 29.

⁹⁹ G. ARENA, *ibid.*, pp. 29-30.

n. 3/2001. Inoltre, un ruolo fondamentale nell'articolazione del principio di sussidiarietà è stato svolto dalla giurisprudenza costituzionale.

Brevemente, secondo l'art. 4, comma 3, lett. a), della l. 59/1997, la sussidiarietà consiste ne *“l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime”* e l'attribuzione de *“le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, all'autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati”*. Nonostante tale disposizione innovasse profondamente il nostro ordinamento a *Costituzione invariata*, tuttavia per una parte della dottrina tale principio aveva lo scopo di affrancare lo Stato dai crescenti costi – economici, ma anche di risorse umane e strutturali – del sistema amministrativo. In particolare, si guardava al principio di sussidiarietà orizzontale come ad uno strumento che si risolvesse, in buona sostanza, *“in un processo generalizzato di esternalizzazione, determinato dalla necessità di abbassare i costi”*¹⁰⁰. Seppur in parte vero, occorre non dimenticare come tale norma cominciasse a dar corpo al processo di apertura dell'amministrazione verso i cittadini, avviato dalla l. 241 del 1990.

La seconda formulazione del principio di sussidiarietà è rinvenibile nell'art. 3 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *“Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”*. Definendo l'autonomia dei comuni e delle province, la norma, al quinto comma, sancisce che *“I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall'autonoma iniziativa dei*

¹⁰⁰ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza*, 2010, www.regione.emilia-romagna.it, p.14, cit. di C. PODDA, *Sussidiarietà, servizi pubblici e nuovo Welfare*, in C. MAGNANI (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 361.

cittadini e delle loro formazioni sociali". Da tale disposizione si ricava un'idea completamente estranea alla formulazione del principio di sussidiarietà nella Legge Bassanini: dalla norma si evince l'idea per cui i fenomeni sussidiari siano incorporati nell'attività delle amministrazioni locali, e quindi vi sia una sottoposizione di questi agli interessi del soggetto pubblico¹⁰¹.

La terza ed ultima formulazione all'interno della legislazione ordinaria si rinviene nella l. 8 novembre 2000, n. 328, *"Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"*. L'art. 5, dedicato al *"Ruolo del terzo settore"*, ed in particolare il primo comma, sancisce che *"per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea"*.

Occorre, inoltre, ricordare che, a livello di legislazione ordinario, il principio di sussidiarietà è richiamato oggi nel Codice del Terzo settore – d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – ed in particolare all'art. 55, comma 1, il quale afferma che *"In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona"*.

¹⁰¹ D. DONATI, *ibid.*, p.14.

In particolare, la l. 59/1997 – pur giungendo ad una differente formulazione – ha anticipato il dibattito parlamentare svoltosi nel 1997 in seno alla Commissione bicamerale cd. D’Alema. L’articolato presentato dal Relatore del Comitato sulla Forma di Stato alla Commissione bicamerale il 22 maggio 1997 prevedeva all’art. 56 che: *“Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni, Province, Regioni e Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i principi di omogeneità e adeguatezza”*. Il testo venne poi modificato a novembre 1997 in una delle ultime sedute della Commissione così: *“Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall’autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente a Comuni, Province, Regioni e Stato, secondo i principi di omogeneità e adeguatezza”*¹⁰². Il testo, in questa formulazione, giunse all’esame della Camera dei Deputati e qui si raggiunse l’apice del dibattito sulla sussidiarietà orizzontale con diverse posizioni.

La prima posizione è sostanzialmente ostile all’introduzione del principio nell’ordinamento, in quanto contrasterebbe con la prima parte della Costituzione, ed in particolare con l’art. 3, secondo comma, e con gli articoli 41 e 42 Cost.: la sussidiarietà aprirebbe la strada al mercato ostile e alla logica del pensiero unico, derogando così ai principi solidaristici che vedono l’intervento dello Stato nella

¹⁰² A. POGGI, *Il principio di sussidiarietà e il “ripensamento” dell’amministrazione pubblica. Spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali*, 2005, www.astrid-online.it, p. 7

difesa delle classi più deboli. In questo senso, la prima parte della Costituzione fonda la preminenza del pubblico su qualunque privato¹⁰³.

La seconda posizione si regge, invece, sull'equazione sussidiarietà = mercato, secondo cui l'introduzione della sussidiarietà sarebbe finalizzata a circoscrivere l'intervento pubblico nell'economia¹⁰⁴ per uno "Stato più leggero"¹⁰⁵. La regola secondo cui "faccia lo Stato solo quando il cittadino ed il mercato non sono in grado di fare e il mercato faccia in condizioni di concorrenza"¹⁰⁶ viene collegata a diverse esigenze, quali il contenimento della pressione fiscale¹⁰⁷ e la garanzia costituzionale per i processi di privatizzazione delle imprese pubbliche¹⁰⁸.

La terza posizione lega la sussidiarietà alla valorizzazione dei corpi intermedi. Per alcuni, l'introduzione della sussidiarietà porrebbe rimedio alla mancanza di una garanzia costituzionale delle società intermedie¹⁰⁹; per altri, invece, garantirebbe tutela costituzionale al Terzo settore¹¹⁰.

La quarta, ed ultima, posizione riconosce nella sussidiarietà l'affermazione della primazia della persona sullo Stato, e quindi la priorità del cittadino rispetto all'organizzazione costituzionale: in questo senso, la sussidiarietà costituisce un punto di equilibrio tra l'obbligo dello Stato di intervenire a garanzia di condizioni

¹⁰³ DILIBERTO, Intervento seduta 25 febbraio 1998, in A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, op.cit., p. 7.

¹⁰⁴ URBANI, Intervento seduta 18 marzo 1998, in A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, op.cit., p. 7.

¹⁰⁵ CALDERISI, Intervento seduta 27 gennaio 1998, in A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, op.cit., p. 7.

¹⁰⁶ MARZANO, Intervento seduta del 28 gennaio 1998, in A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, op.cit., p. 7.

¹⁰⁷ URBANI, Intervento seduta 27 gennaio 1998, in A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, op.cit., p. 7.

¹⁰⁸ BERLUSCONI, Intervento seduta 28 gennaio 1998, in A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, op.cit., p. 7.

¹⁰⁹ BUTTIGLIONE, Intervento seduta 28 gennaio 1998; in A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, op.cit., p. 7.

¹¹⁰ SODA, Intervento seduta del 26 gennaio 1998; GASPARRI, Intervento seduta 27 gennaio 1998; FRATTINI, Intervento seduta 30 gennaio 1998; in A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, op.cit., pp. 7 e 8.

minime uniformi e l'obbligo dello Stato di rispettare la libertà singola e associata di contribuire al progresso sociale e civile¹¹¹.

Tali contrasti si riproposero, successivamente, nel dibattito per l'approvazione della riforma di cui alla l. cost. 3 del 18 ottobre 2001, dalla quale l'art. 118, così venne ed è tuttora formulato:

1. *Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.*
2. *I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.*
3. *La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.*
4. *Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà.*

Sia il primo comma sia il quarto comma richiamano il principio di sussidiarietà nel suo complesso, senza tuttavia definirlo. In particolare, in entrambe le disposizioni si descrive una dinamica relazionale tra soggetti – un sussidiante e un sussidiato – che si assumono idonei a svolgere una determinata attività¹¹². Ed in questa dinamica relazionale emerge il sistema delle connessioni tra i soggetti stessi, e se ne delineano i rispettivi ruoli¹¹³.

¹¹¹ BIANCO, Intervento seduta del 18 marzo 1998, in A. Poggi, *Il principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica*, op.cit., p. 8.

¹¹² D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., p. 15.

¹¹³ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà*, op.cit., p. 15.

Nello specifico, i primi due commi descrivono una relazione cd. *verticale*, del tutto istituzionale, con cui si definisce la logica della suddivisione flessibile e dinamica della potestà amministrativa e della connessione tra i cinque livelli di governo. In questo senso, la sussidiarietà permette di individuare, fra i diversi livelli istituzionali, quello più adeguato allo svolgimento di una determinata funzione; e questa individuazione avviene non in base al criterio della *vicinanza* dei vari livelli istituzionali ai cittadini, quanto in base alle capacità di tali livelli di soddisfare l'interesse generale, inteso nel senso di raggiungimento della concreta crescita della persona e di difesa della sua dignità¹¹⁴.

Al quarto comma, la relazione è *orizzontale* e riguarda il rapporto tra le amministrazioni territoriali e i cittadini, singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale. In questo senso, il principio di sussidiarietà verticale si sostiene e si integra con il principio di sussidiarietà orizzontale, il quale, grazie al rapporto fra l'art. 118 u.c. e l'art. 3, secondo comma, Cost., si concreta in azioni di soggetti pubblici e privati dirette a creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascun essere umano.

Tuttavia, occorre sottolineare come la redazione delle due norme diverge significativamente.

Infatti, al primo comma si dichiara enfaticamente il cd. *criterio di preferenza*, secondo cui la funzione amministrativa è attribuita al livello locale, in ragione della sua prossimità ai destinatari della stessa. Però, la norma specifica poi altri criteri, volti a controbilanciare questa spinta verso il basso e a regolare lo spostamento di funzioni amministrative dal Comune verso gli altri livelli di governo:

- l'esigenza di unitarietà di esercizio;
- l'adeguatezza dell'ambito destinatario delle funzioni stesse – dei Comuni *in primis* – a svolgere una specifica attività e a soddisfare i bisogni a cui essa

¹¹⁴ In questo senso, si veda G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà*, op.cit., pp. 11-12. Egli ritiene, nell'ottica del principio di sussidiarietà, che il perseguimento dell'interesse generale coincida con l'interesse alla piena realizzazione dei cittadini come persone.

presiede, in ragione delle condizioni sociali ed economiche dello specifico contesto territoriale ed istituzionale;

- la differenziazione e la flessibilità delle attribuzioni, in ragione dell'alto grado di variabilità che si registra nei diversi contesti locali del nostro Paese.

Il quarto comma ha, invece, una formulazione del tutto diversa. In tale comma si è scelto di descrivere *come* tale relazione si manifesta, ma non *cosa* gli dia forma, affermando solo alla fine che tale relazione è retta dal principio di sussidiarietà¹¹⁵. A prima vista, non è del tutto chiaro quale sia il rapporto tra i soggetti, cioè tra sussidiante e sussidiato, ovvero se sia l'amministrazione pubblica a dover intervenire a sostegno delle attività dei privati o, viceversa, se siano i privati a dover sostenere un'azione delle amministrazioni che si rileva insufficiente, ma che deve ritenersi preminente e legittima. Pertanto, una formulazione così concepita ha suscitato incertezze e immobilità. Tuttavia, occorre sottolineare che in tale disposizione possono trarsi tre *coordinate strutturali*¹¹⁶:

1. i soggetti della relazione: da una parte, vi sono le istituzioni territoriali – e quindi, Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni – e, dall'altra parte, i cittadini, singoli e associati;
2. l'oggetto della relazione, cioè *lo svolgimento di attività di interesse generale*;
3. il principio che regola la relazione, ossia il *principio di sussidiarietà*. E, se il criterio che regola tale relazione è il medesimo del primo comma, pare logico ritenere che anche questo sia espressione del valore che si attribuisce alla prossimità.

Sia per la sussidiarietà verticale sia per la sussidiarietà orizzontale si può distinguere tra il *principio*, che riconosce ai cittadini, singoli e associati, l'idoneità a svolgere attività di interesse generale per la comunità, e il *modello sussidiario*, che rende effettiva l'affermazione del principio. Quindi, il principio è assertivo di un valore, mentre il modello è descrittivo di un meccanismo complesso.

¹¹⁵ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., p. 15 ss.

¹¹⁶ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., p. 17, cit. di A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, marzo 2001, p. 17.

Il quarto comma offre due letture relativamente al modello, che non si pongono in contrasto, bensì sono complementari¹¹⁷:

- una lettura *in negativo*, secondo cui le amministrazioni hanno un dovere di astensione da ogni intervento sostitutivo nei confronti di soggetti, singoli o associati, che dimostrino di avere la capacità necessaria per svolgere le attività intraprese;
- una lettura *in positivo*, che, viceversa, prevede un dovere di ingerenza delle pubbliche autorità nel caso in cui queste valutino, nel contesto di riferimento, il disinteresse o l'inadeguatezza degli stessi soggetti.

Per poter meglio comprendere l'interazione tra il principio di sussidiarietà e il modello sussidiario occorre un'attenta analisi dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost.

1.10.2. L'analisi del principio di sussidiarietà orizzontale

Per analizzare il principio espresso dall'art. 118, u.c., Cost. è necessario partire dal termine "*favoriscano*", il quale deve essere inteso non nella sua accezione programmatica, di mera facoltà, bensì nella sua accezione precettiva, di obbligo.

Traducendosi, quindi, in un vero e proprio *dovere costituzionale*, esso si rivolge¹¹⁸:

- direttamente e testualmente a tutti gli enti di governo territoriali, compreso lo Stato, affinché adottino le misure – sia organizzative sia di azione – necessarie a rendere possibile, nonché semplice, l'attivazione dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale;
- indirettamente al legislatore sia statale sia regionale, il quale deve operare in osservanza del principio in esame.

Il termine, poi, si presta a due interpretazioni¹¹⁹:

¹¹⁷ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., p. 18.

¹¹⁸ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., p. 19.

¹¹⁹ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., p. 20.

- innanzitutto, la prima interpretazione si concentra sulla locuzione *favorire*, ed implica che l'amministrazione predisponga strumenti di sostegno a cittadini che già si sono attivati per lo svolgimento di attività di interesse generale;
- la seconda interpretazione, invece, deve essere intesa nel senso di creare le condizioni affinché la sussidiarietà tra cittadini ed istituzioni sia possibile. In questo senso, le amministrazioni devono stimolare la consapevolezza dei cittadini circa il loro ruolo potenziale nello svolgimento di attività di interesse generale, attraverso la creazione di strumenti che si focalizzino sulla comunicazione pubblica e sull'incremento di forme di semplificazione, di partecipazione e di avvicinamento dei singoli all'azione amministrativa. Tali strumenti possono essere *diretti* – e, in questo caso l'azione è mirata all'accesso a fonti di finanziamento e al credito e all'assegnazione di strutture e mezzi mirati al perseguimento, da parte dei singoli, dei beni comuni – oppure *indiretti* – attraverso la rimozione di ostacoli, amministrativi o di fatto, la riduzione o l'eliminazione di costi e la facilitazione dell'intervento attraverso l'eliminazione di barriere.

Occorre, poi, concentrarci sulla locuzione “*cittadini singoli e associati*”.

Innanzitutto, pare logico osservare come dalla locuzione in esame non s'intenda un'esclusione degli stranieri residenti in Italia da possibili fenomeni sussidiari. Anzi, la norma risalta sia il tratto dell'appartenenza delle persone ad un sistema istituzionale, sociale ed economico sia il dovere di ciascun singolo a partecipare alla costruzione della comunità in cui vivono ed operano, in una più profonda connessione. Non a caso, i rimandi costituzionali sono molti: la sussidiarietà esiste in quanto esiste il riconoscimento della plurale libertà dei singoli (art. 2 Cost.), ed in questo senso la sussidiarietà diventa un *appello* per ogni singolo ad impegnarsi, attraverso le proprie inclinazioni, al miglioramento della comunità di riferimento (art. 4, secondo comma, Cost.), nella piena affermazione di se stessi, che è anche progresso di tutti (art. 3 Cost.). La sussidiarietà, quindi, riconosce ai singoli la

garanzia di poter costruire, e non più delegare, la cura degli interessi che necessariamente condividono con gli altri appartenenti alla comunità di riferimento, in ragione di diversi fattori di appartenenza – famiglia, credo religioso, cultura, professione, tempo libero, luogo in cui si opera, sistema politico, economico ed ambientale¹²⁰. Si può, in tal modo, cogliere l'evoluzione nel tempo dell'idea di *cittadinanza*, come complesso di individui organizzati idonei a collaborare con l'amministrazione, nell'intento di proseguire l'azione dei pubblici poteri in spazi che, diversamente, rimarrebbero invisibili, dimenticati. In questo senso, nel tempo, ha acquistato valore la lettura in senso circolare della sussidiarietà¹²¹, che consiste nella “*possibilità di dar corso a un'inedita collaborazione per realizzare quanto né lo Stato da solo, né i cittadini da soli possono fare*”¹²².

In secondo luogo, occorre osservare che il rapporto Stato/società trova in questa norma una definitiva consistenza tale da porre l'attenzione circa i temi della sovranità, della sua titolarità e del suo esercizio. In particolare, secondo alcuni si notava che “*se nel sistema della soggettività, la sovranità si declinava anche come speciale capacità dello Stato quale persona giuridica, detta capacità viene ridisegnata in termini di competenza come espressione operativa di una capacità che risiede invece nei singoli, siano essi i cittadini o le imprese*”¹²³. In molte riflessioni che si svolgono attorno alla relazione Stato/società, l'attenzione si concentra sull'emersione di un terzo soggetto, *collettivo*, che trae la propria forza dalla capacità di aggregare istanze rimaste inesprese, non altrimenti rappresentate. A tal proposito, la Corte costituzionale ha elaborato l'idea di *libertà sociale*, quale “*vincolo insopprimibile di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini*”¹²⁴, rinvenibile sia nei diritti di riunione (art. 17 Cost.) e di

¹²⁰ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., p. 23.

¹²¹ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, op.cit., pp. 18 ss.

¹²² S. VITELLI, *Cittadinanza attiva e sussidiarietà circolare*, 2009, www.labsus.org

¹²³ P. DURET, *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004, p. 168.

¹²⁴ L'espressione si rinviene nella sentenza della Corte costituzionale n. 75 del 28 febbraio 1992, ma al concetto di libertà sociale la Corte arriva in maniera più puntuale nella sentenza n. 300 del 2003,

associazione (art. 18 Cost.) sia nella duplice dimensione della persona, individuale e sociale (art. 2 Cost.). Poco dopo, il Consiglio di Stato¹²⁵ delinea i tratti di una vera e propria *cittadinanza societaria*, alla luce della quale si devono “*rideterminare le metodiche della democrazia*”, prendendo atto “*della sussistenza di ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale. In tali ordinamenti lo sviluppo delle relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto e adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni societarie (in quanto munite della relativa cittadinanza) di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento*”. La criticità di questa prospettiva è rappresentata dalla visione centrica delle società intermedie, che necessariamente porta ad una perdita di capacità politica e giuridica dei singoli. Per evitare questo rischio, sembra opportuno tornare ad occuparsi con forza dell’individuo: soltanto partendo dal riconoscimento del fatto che per nessuna ragione la libertà dell’individuo può porsi in secondo piano rispetto a quella delle formazioni sociali può costruirsi quella partecipazione consapevole e attiva in corpi sociali superiori e quell’impegno nella società di cui la sussidiarietà è la più alta espressione¹²⁶.

Altra questione che può porsi in relazione alla locuzione “*cittadini singoli e associati*” riguarda la possibilità di includere, tra i soggetti della sussidiarietà, anche realtà appartenenti all’ambito economico-imprenditoriale: un’impresa, dunque, può essere parte della dinamica costruita dall’art. 118, quarto comma, Cost.?

In questo senso, diverse sono le obiezioni.

Da un lato, vi è chi, partendo dalla tradizionale contrapposizione tra Stato e mercato, ritiene che, attraverso questa ipotesi, si verrebbe di fatto ad assegnare alle istituzioni

seppur con riferimento a quelle particolari figure di enti non profit che sono le fondazioni di origine bancaria.

¹²⁵ Parere della Sezione consultiva per gli atti normativi del 25 agosto 2003, n. 1440.

¹²⁶ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., pp. 24 ss.

la capacità di indirizzare e controllare ambiti riservati all'iniziativa imprenditoriale¹²⁷.

Sul versante opposto, invece, vi è chi, partendo dalla lettera del quarto comma dell'art. 118 Cost., ritiene che la norma non faccia alcun riferimento a realtà dedite al profitto, riferendosi esclusivamente ai *cittadini singoli e associati*¹²⁸.

Su tale questione, il Consiglio di Stato¹²⁹ esclude che la sussidiarietà orizzontale possa essere “utilizzata per fattispecie di aiuti alle imprese”. In particolare, la Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato¹³⁰ evidenzia che il precetto costituzionale di cui all'art. 118 u.c. Cost. “sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario”¹³¹. Tutto ciò, per il Consiglio di Stato rappresenterebbe “la prova di una riserva originaria di materie (...) a soggetti esponenti del fenomeno della *cittadinanza societaria*”¹³², richiamando così la teoria elaborata da Pierpaolo Donati ne “*La cittadinanza societaria*”, secondo la quale tale espressione si riferisce alla “forma di un complesso di diritti-doveri delle persone e delle formazioni associative che articola la vita civica in “autonomie universalistiche”, capaci di integrare la generalità dei fini con pratiche di autogestione”¹³³. Sostanzialmente, ciò significa prevedere una forma di cittadinanza autonoma ed originaria, ma

¹²⁷ Per le critiche da parte della dottrina in questo senso si veda A. QUADRIO CURZIO, *Sussidiarietà e sviluppo – Paradigmi per l'Europa e per l'Italia*, Vita e Pensiero, Milano, 2002.

¹²⁸ Per le critiche da parte della dottrina in questo senso si veda A. POGGI, *Il profilo soggettivo e la rilevanza della questione: la possibile trasfigurazione del principio di sussidiarietà*, in atti del Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, www.astridonline.it, 2003.

¹²⁹ In particolare, Cons. Stato, II Sez., Ad. 25-VIII-2003, parere 1440/03.

¹³⁰ Nel caso di specie, il parere è stato richiesto dal Ministero dell'Interno alla Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato riguardo ad uno schema di regolamento per la definizione dei criteri e delle modalità di accesso al fondo per la tutela e lo sviluppo economico-sociale delle isole minori, istituito dalla legge finanziaria per il 2002 (artt. 25, commi 7, 8, 9 della l. 28 dicembre 2001, n. 448).

¹³¹ G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, p. 722.

¹³² G. RAZZANO, *ibid.*, p. 722.

¹³³ G. RAZZANO, *ibid.*, p. 723.

soprattutto svincolata dalla concezione di cittadinanza di esclusiva competenza statale. In questo senso, si riconoscerebbe una nuova identità, si orienterebbe l'ordinamento verso l'effettiva autonomia di questi fenomeni sociali e si promuoverebbero tali autonomie. Il Consiglio di Stato fa propria questa visione sociologica e sottolinea *la distinzione fra il modello della cittadinanza societaria e quello della cittadinanza partecipativa o procedimentale* “nella quale si realizzano le garanzie prevalentemente giuridiche del soggetto privato”¹³⁴. In questo senso, il Consiglio di Stato esorta a “rideterminare le metodiche della democrazia non solo con riferimento ai poteri dei singoli nell'ordinamento generale (...), ma anche con riguardo alle forme di estrinsecazione della personalità sociale nel proprio contesto di base, in ragione della consapevolezza democratica e della volontà sempre più decisa delle singole comunità di base di regolare al proprio interno scelte di interesse generale”¹³⁵. Conforta, quindi, che da tale concezione il Consiglio di Stato sia arrivato ad affermare che: “*In questa prospettiva, è evidente come le imprese (e gli eventuali aiuti alle stesse) nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale*”¹³⁶.

Successivamente, l'attenzione deve essere portata alla locuzione “*autonoma iniziativa*”.

La prima osservazione in relazione a tale locuzione riguarda il fatto che lo svolgimento delle attività di interesse generale da parte dei cittadini debba avvenire spontaneamente, nello spirito della solidarietà sociale. Dunque, estremizzando, questa affermazione comporta l'esclusione di qualsiasi forma di *retribuzione* diretta e piena per le attività svolte. In questo senso, non sono escluse le forme pubbliche di sostegno all'iniziativa privata di natura economica, ma sono negate tutte le ipotesi di cittadini che si attivino *a titolo oneroso*, in ragione di un corrispettivo promesso, concordato o messo a gara. Ne consegue che il modello sussidiario si

¹³⁴ G. RAZZANO, *ibid.*, p. 724.

¹³⁵ G. RAZZANO, *ibid.*, p. 725.

¹³⁶ G. RAZZANO, *ibid.*, p. 726.

delinea come fenomeno di solidarietà spontanea dei cittadini, singoli e associati, che può trovare solo a posteriori un ausilio consistente in beni o prestazioni economicamente valutabili, e non essere mosso da questo¹³⁷.

Da ultimo, occorre osservare che l'autonomia di cui godono *i cittadini singoli e associati* trova la propria legittimazione nell'art. 5 Cost.: "*La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento*". Come già espresso, il riferimento è all'autonomia di tipo *relazionale*, la quale si rafforza grazie al principio di sussidiarietà orizzontale.

Ed infine, ma non ultimo per importanza, occorre porre l'attenzione sulla locuzione "*interesse generale*".

Tale locuzione è quella che sicuramente rileva la maggior complessità.

Si può iniziare senz'altro escludendo le ipotesi e le fattispecie che non appartengono al concetto espresso dall'art. 118 u.c. Cost.¹³⁸:

- innanzitutto, non rientrano nel novero delle attività di interesse generale le attività che implicano l'esercizio di potestà autoritative, di poteri di controllo, oppure l'uso della forza, essendo questi riservati a pubblici poteri cui l'ordinamento riconosce e assegna tale competenza in base a principi, regole e meccanismi democraticamente definiti;
- in secondo luogo, non rientrano nel modello sussidiario le *funzioni amministrative in senso tecnico*, come espressione di poteri amministrativi di regolazione o provvedimentali;
- in terzo luogo, sono estranee alla formulazione costituzionale le attività svolte per interesse strettamente individuale ed egoistico, tra cui l'iniziativa economica ad esclusivo scopo di lucro;

¹³⁷ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., p. 26 ss.

¹³⁸ D. DONATI, *La sussidiarietà orizzontale*, op.cit., p. 28.

- infine, sono escluse le attività che non giungano a coinvolgere alcun contesto sociale rilevante per l'ordinamento, essendo insito nella loro natura o nelle condizioni di contesto la ricerca di una soddisfazione di carattere strettamente personale.

Occorre, poi, chiedersi se sia legittima e condivisibile la distinzione tra le due categorie di interessi, generali e pubblici. Innanzitutto, la Costituzione usa riferirsi esclusivamente all'interesse generale, salvo definire all'art. 32 la salute quale *interesse della collettività*.

Nel linguaggio giuridico le due espressioni sono frequentemente usate in modo indistinto, anche in ragione del fatto che, come afferma Giannini¹³⁹, i giuristi “*poco gradiscono approcci basati sugli interessi e preferiscono approcci basati sulle funzioni*”, e ciò perché i primi “non introducono termini chiari di riferimento”, mentre le norme “*nell'affidare attribuzioni a poteri pubblici, determinano delle funzioni, che si caratterizzano per gli interessi a cui sono indirizzate*”.

Fortunatamente, però, gli autorevoli studiosi che si sono occupati del tema propendono tutti per una distinzione delle due categorie. Da una parte vi è chi, come Giannini¹⁴⁰, fa appello al principio nominalistico, affermando che “qualunque interesse è qualificato come pubblico, se è assunto fra quelli a cui provvede un ente a sua volta qualificato come pubblico”, e a ciò si attiene strettamente per differenziare questi interessi da quelli verso i quali i pubblici poteri restano indifferenti. Su un diverso profilo vi è chi, invece, come Cassese¹⁴¹, mette in luce come sia soprattutto in seno al procedimento che la teoria degli interessi trova consistenza e visibilità. Se dunque “*il procedimento serve (...) come mezzo di composizione degli interessi*” e nello stato pluriclasse “*ogni interesse collettivo è suscettibile di riconoscimento e di tutela pubblici, il sistema non potendo affidare alla legge la risoluzione di tutti i conflitti ripone proprio nel procedimento una*

¹³⁹ M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 25.

¹⁴⁰ M. S. GIANNINI, *ibid.*, p. 24.

¹⁴¹ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Einaudi, Torino, 1989, p. 49 e p. 225.

“decisione di secondo grado”, con funzione di soluzione di interessi collettivi che divenuti pubblici si riproducono nell’amministrazione”.

Peraltro, l’interesse generale di cui all’art. 118 u.c. Cost. si identifica con l’attuazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, secondo comma, Cost. Per questo motivo, la creazione delle condizioni attraverso cui ognuno può realizzare le proprie capacità è un obiettivo che interessa l’intera collettività. Ed è proprio nell’interesse generale che ai membri della collettività è data la possibilità di realizzare se stessi esercitando le proprie capacità. Tuttavia, la Costituzione non indica *come* la Repubblica debba creare le condizioni per il pieno sviluppo di ciascuno, ma si limita ad indicare l’*obiettivo*, delegando al legislatore e agli amministratori l’individuazione delle modalità più adatte al raggiungimento del “pieno sviluppo” della capacità di ciascuno. È, perciò, proprio favorendo le iniziative dei cittadini che l’amministrazione persegue la missione costituzionale di uguaglianza sostanziale. In questo senso, l’interesse generale diventa “il ponte che unisce l’art. 3, secondo comma, e l’art. 118, u.c.”¹⁴².

1.10.3. La natura precettiva dell’art. 118 u.c. Cost.

Occorre, a tal punto, chiedersi se la disposizione in esame sia sufficientemente chiara da poter essere immediatamente applicata oppure se richiede ulteriori interventi legislativi e regolamentari sia per specificarne alcuni elementi sia per dare attuazione al nucleo essenziale del principio di sussidiarietà.

L’immediata applicabilità dell’art. 118 u.c. Cost. si fonda sulla constatazione che l’articolo non enunci un principio, bensì una fattispecie fondata su un principio, appunto il principio di sussidiarietà orizzontale; che questo principio trovi la sua modalità di attuazione proprio nella realizzazione della fattispecie medesima; che tale fattispecie nella sua interpretazione letterale appaia sufficientemente chiara per consentirne una sia pure graduale, ma immediata, applicazione.

¹⁴² G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà*, op.cit., p. 12.

Attendere una definizione specifica di ogni profilo dell'enunciato in questione significa di fatto vanificare la volontà del legislatore e lasciare inapplicata per un tempo indefinito la vigenza del principio di sussidiarietà orizzontale.

Non a caso, i profili operativi confermano questa interpretazione, in quanto l'attuazione del principio di sussidiarietà dipende non dalle istituzioni, ma dai cittadini. Spetta, infatti, ad essi attivarsi per realizzare l'interesse generale, che costituisce il nucleo essenziale della norma.

Inoltre, occorre sottolineare che tale principio è stato introdotto in Costituzione non per soddisfare esigenze ideologiche o politiche, ma per dare un riconoscimento costituzionale a migliaia di cittadini che già da tempo svolgono attività di interesse generale, spesso nel disinteresse o, addirittura, nell'ostilità della pubblica amministrazione.

Per tale motivo, si ritiene che l'art. 118 u.c. Cost. sia immediatamente precettivo, nonché una legittimazione, un punto fondamentale di arrivo, un punto di partenza ed uno stimolo nel proseguire e perseguire attività di interesse generale da parte della società.

1.10.4. Il principio di sussidiarietà nella giurisprudenza costituzionale

Sicuramente, nell'analisi del ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al principio di sussidiarietà – nella sua accezione verticale – occorre riferirsi in primo luogo alla sentenza del 25 settembre 2003, n. 303. Con questa sentenza, la Consulta ha introdotto l'esigenza di un meccanismo dinamico nell'esercizio delle funzioni legislative e amministrative, in forza del quale è possibile per lo Stato attrarre, in sussidiarietà, anche la funzione legislativa, per esigenze unitarie, insieme alle correlate funzioni amministrative. Nello specifico, la Corte Costituzionale ha affermato il principio secondo cui, "allorquando sia ravvisabile un'esigenza di esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative e, quindi, legislative, lo Stato è abilitato, oltre che ad accentrare amministrativamente siffatto esercizio ai sensi dell'art. 118 Cost., anche a

disciplinarlo per legge e ciò anche quando quelle stesse funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o persino residuale”¹⁴³. Si tratta della cd. *chiamata in sussidiarietà*. Affinché quest’ultima sia legittima, è necessario che la valutazione dell’interesse unitario risulti proporzionata e rispondente a ragionevolezza e che siano, inoltre, previste adeguate forme di coinvolgimento delle Regioni interessate nello svolgimento di funzioni allocate agli organi centrali. Più nello specifico, la Consulta ha affermato che la legislazione statale di questo tipo può “aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che si prefiguri un *iter* in cui si assumono in *dovuto risalto* le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà”¹⁴⁴.

La Corte, dunque, teorizza la *chiamata in sussidiarietà* in via deduttiva rispetto al combinato disposto degli artt. 117 e 118 Cost. e unisce tra loro il principio di sussidiarietà e il principio di leale collaborazione, veri cardini dei rapporti tra potere centrale ed autonomie territoriali alla luce della riforma del 2001.

In definitiva, il ragionamento della Corte costituzionale è sintetizzabile in diversi passaggi:

- a. l’allocazione delle funzioni amministrative a livello statale non è limitata alle materie di competenza esclusiva dello Stato, ma può avere ad oggetto anche materie di competenza concorrente;
- b. l’assunzione di funzioni amministrative a livello statale comporta l’attrazione della corrispondente potestà legislativa in virtù del principio di legalità;
- c. il principio di sussidiarietà presenta una valenza dinamica e procedimentale, e ciò comporta la riduzione dell’arbitrarietà nelle decisioni del giudice, il quale è messo nella condizione di poter decidere sulla base di parametri e criteri stabiliti;

¹⁴³ F. BOCCHINI, *La sussidiarietà tra asimmetrie giudiziali ed asimmetrie sostanziali della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea*, 2018, www.nomos-leattualitaneldiritto.it, p. 16.

¹⁴⁴ F. BOCCHINI, *ibid.*, p. 17.

- d. la valenza procedimentale della sussidiarietà contiene il principio dell'intesa, in forza del quale l'esercizio di determinate funzioni deve essere oggetto di un accordo fra lo Stato e la Regione interessata.

Dall'analisi della sentenza emerge la concezione della sussidiarietà fatta propria dalla Corte. Innanzitutto, la Consulta attribuisce al principio di sussidiarietà la funzione non di valorizzare l'autonomia territoriale, bensì di legittimare l'avocazione al centro di competenze per la tutela di esigenze avvertite come unitarie, secondo la vocazione ascensionale del principio. Il principio di sussidiarietà sarebbe così trasformato in *fattore di flessibilità in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie*¹⁴⁵. La Corte, quindi, ne valorizza solo l'*aspetto negativo*¹⁴⁶, risaltando il principio di sussidiarietà con l'unico fine di limitare il sussidiato in favore del sussidiante.

In secondo luogo, quanto al contenuto del principio di sussidiarietà, la Corte prefigura un procedimento che, attraverso un'attività concertativa e di coordinamento tra potere centrale e autonomie locali, permette di raggiungere un accordo in ordine ai contenuti dell'attività da perseguire. In questo senso, il principio di sussidiarietà viene letto in un'*accezione dinamica*¹⁴⁷.

Successivamente, occorre interrogarsi circa l'operatività dell'istituto ed il valore della leale collaborazione. La Corte, con un ragionamento raffinato, lega sussidiarietà e leale collaborazione, al fine di prevedere nel contraddittorio tra i diversi livelli di governo la valutazione degli interessi in gioco. L'apprezzamento dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni regionali deve risultare proporzionato e non irragionevole. In questo senso, sussidiarietà e ragionevolezza non costituiscono il fondamento dell'intervento statale, ma si concretizzano nella previsione di un *iter* che consenta attività concertative tra Stato

¹⁴⁵ G. RAZZANO, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, 2005, www.astrid-online.it, p. 4.

¹⁴⁶ C. MAINARDIS, *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in *Rivista Le Regioni*, 2011, p. 4.

¹⁴⁷ C. MAINARDIS, *op.cit.*, p. 4.

e Regioni. Quindi, la leale collaborazione è valorizzata in quanto concorre a configurare le modalità di applicazione del principio di sussidiarietà. Ed anche l'*intesa* assurge a strumento che declina le istanze sussidiarie in chiave collaborativa.

La Corte, quindi, della sussidiarietà ne ha sottolineato tre aspetti: il *dinamismo*, la *valenza centralistica* e la *dimensione collaborativa postulante l'intesa*¹⁴⁸.

La *chiamata in sussidiarietà*, derogando al riparto di competenze statali e regionali, è un istituto che necessariamente investe il rapporto tra fonti statali e regionali. La Corte prevede, infatti, che l'avocazione della funzione amministrativa sia accompagnata alla competenza legislativa necessaria alla sua disciplina. La regola prevista dalla Consulta è che la legge statale non solo può ma anche deve dettare la disciplina delle funzioni amministrative attratte al centro, senza poter affidare tale compito alle fonti secondarie, e ciò in nome del *principio di legalità*. Inoltre, al fine di rendere operativa l'attrazione al centro delle funzioni amministrative, si prevede nell'ipotesi qui esaminata la legittimità delle norme di dettaglio suppletive, che, secondo la formulazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., sembrerebbero invece da escludersi.

Dunque, le coordinate che la Corte individua al fine di inquadrare la *chiamata in sussidiarietà* nel sistema delle fonti statali e regionali sono: principio di legalità, divieto di ingresso di fonti secondarie statali nelle competenze regionali e legittimità delle norme legislative di dettaglio suppletive.

Esposto il modello teorico previsto dalla Corte Costituzionale, occorre ora concentrarsi sulle difficoltà applicative. Innanzitutto, vi è una sorta di contraddizione della stessa Corte nella valutazione delle esigenze unitarie; infatti, il giudice costituzionale manifesta espressamente l'intenzione di non sindacare, in concreto, il rilievo nazionale degli interessi coinvolti, lasciando che tale apprezzamento venga compiuto in contraddittorio tra Stato e Regioni¹⁴⁹.

¹⁴⁸ G. RAZZANO, *La sussidiarietà*, op.cit., p. 4.

¹⁴⁹ C. MAINARDIS, op.cit., p. 7.

In secondo luogo, molte questioni sorgono circa il *principio dell'intesa*. Le domande che sorgono sono numerose, ma occorre primariamente chiedersi come superare le situazioni di stallo, contemperando le esigenze unitarie con il diniego dell'ente territoriale, e se l'accordo tra Stato e Regioni debba intendersi in senso "forte" o in senso "debole".

Quanto alla prima questione, la scelta del giudice costituzionale¹⁵⁰ è stata quella di privilegiare la tutela delle esigenze unitarie a scapito di un effettivo potere di decisione regionale: le situazioni di *impasse* devono trovare soluzione attraverso adeguati meccanismi legislativi che conducano comunque ad una decisione dello Stato; rimane, comunque, in capo alla Corte la possibilità di sindacare tanto tali prescrizioni quanto la loro applicazione.

Occorre sottolineare che la Corte ha affermato nella sentenza n. 6/2004 che, a dispetto del principio secondo cui "*il mancato raggiungimento dell'intesa costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento*", lo Stato può comunque superare il dissenso regionale, purché lo faccia rispettando procedure collaborative. E la Corte ha previsto meccanismi procedurali più "blandi" nel caso in cui si tratti di ipotesi di urgenza di provvedere o al ricorrere di materia (anche) di competenza esclusiva statale, mentre meccanismi più "garantistici" nel caso di avocazione di funzioni in materie concorrenti.

Quanto alla seconda questione, sembra perdere importanza la distinzione tra intese in senso forte ed in senso debole, se si considera che anche per quest'ultime lo Stato non può scavalcare il dissenso regionale senza congrue motivazioni e senza adeguati momenti di confronto. Quindi, in definitiva, ciò che rileva è l'oggetto dell'intesa Stato – Regione ed i meccanismi legislativi previsti per superare eventuali dissensi regionali.

Le criticità fin qui evidenziate mostrano la necessità di una sede, a livello legislativo, di cooperazione fra Stato e Regioni, in virtù di una non completa cultura dell'autonomia e dei limiti dell'attuale sistema.

¹⁵⁰ In tal senso, C. Cost. n. 383/2005.

1.10.5. Il principio di sussidiarietà e la giurisprudenza amministrativa

Tra i protagonisti dell'attuazione del principio di sussidiarietà – nella sua accezione orizzontale – vi è senz'altro il giudice amministrativo. La giurisprudenza amministrativa in materia, tuttavia, è piuttosto esigua e dimostra, ancor una volta, la forte tendenza del modello *bipolare* quale espressione dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini. Quest'ultima criticità è data da un duplice ordine di ragioni: innanzitutto, dalla natura impugnatoria del giudizio dinnanzi al giudice amministrativo, e, in secondo luogo, dal comportamento processuale delle parti, che raramente invocano il principio di sussidiarietà orizzontale a sostegno delle loro posizioni. Ne consegue che il principio di sussidiarietà è utilizzato perlopiù come *criterio argomentativo e retorico*¹⁵¹.

1. Quel che si può, in primo luogo, osservare è che la posizione dei cittadini singoli e associati rispetto all'esercizio della funzione amministrativa è ascrivibile alla categoria tradizionale degli *interessi legittimi* e che la pubblica amministrazione gode di un'*ampia discrezionalità* in merito alle modalità e ai contenuti dell'esercizio delle sue funzioni. Sul punto è interessante una sentenza del Consiglio di Stato¹⁵², che riguarda una proposta presentata da una società di mutuo soccorso locale per l'utilizzo a fini sociali e culturali di un'area in disuso di proprietà comunale. Il giudice amministrativo ritiene che tale società non sia titolare di una posizione giuridica qualificata di legittimo affidamento e riconosce l'ampia discrezionalità dell'amministrazione nelle modalità di gestione del proprio patrimonio. Quindi, sostanzialmente, il giudice amministrativo riconosce all'amministrazione pubblica, nell'ambito del principio di sussidiarietà orizzontale, di favorire l'autonoma iniziativa privata,

¹⁵¹ S. PELLIZZANI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in Istituzioni del federalismo n. 3/2011, p. 602.

¹⁵² Cons. di Stato, sez. V, 6 giugno 2009, n. 6094.

senza però togliere a quest'ultima il potere di intervento nelle "attività di interesse generale".

2. In secondo luogo, occorre osservare la materia della *gestione dei servizi pubblici*, nella quale emergono alcuni tentativi da parte dei ricorrenti di far valere direttamente la violazione del principio di sussidiarietà, tra cui le scelte dell'amministrazione comunale di gestire *in house* alcuni servizi. In questi casi, però, la giurisprudenza amministrativa si è limitata a prevedere la necessità che i servizi pubblici "favoriscano l'autonoma iniziativa dei privati" senza fornire ulteriori indicazioni. In particolare, continua a riconoscersi un'ampia discrezionalità all'amministrazione nella valutazione delle modalità più adeguate ed opportune per soddisfare gli interessi pubblici coinvolti nelle attività che corrispondono a un bisogno della collettività di riferimento¹⁵³.

Altre pronunce di primo grado sono più favorevoli alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà¹⁵⁴. Il giudice amministrativo tutela il ruolo delle associazioni di protezione degli animali, sottolineando che il rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione va inteso alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale. In particolare, la legge n. 23 del 22 marzo 2000 della regione Liguria ha previsto, all'art. 6, forme di collaborazione con la Regione e con gli enti locali da parte delle "*associazioni di protezione animale, le cooperative zoofile e degli altri enti pubblici e privati il cui statuto preveda precipui compiti di protezione animale*", attraverso una "*gestione in convenzione delle strutture di ricovero degli animali e dei servizi collegati al raggiunto benessere animale, nonché la vigilanza sulle problematiche connesse alle specie animali presenti sul territorio*". Tale disposizione, inoltre, afferma che le attività di vigilanza e controllo sono affidate "*oltre che alle autorità pubbliche competenti in materia, anche ai soggetti di cui all'articolo 27, legge 157 dell'11 febbraio 1992, in particolare associazioni protezionistiche* (nel

¹⁵³ S. PELLIZZANI, op. cit., p. 605. Si richiamano le sentenze del TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407 e TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 1° luglio 2008, n. 2842.

¹⁵⁴ In particolare, TAR Liguria, sez. II, 18 novembre 2003, n. 1479.

caso di specie, guardie zoofile volontarie) *che, attraverso una convenzione con il Comune, svolgono la loro attività a titolo di volontariato nel quadro della convenzione della associazione di appartenenza e di concerto con i Servizi veterinari della USL*". Nello specifico, oggetto di impugnazione era un atto di indirizzo regionale, il quale precludeva agli enti pubblici e privati, con compiti di vigilanza e controllo delle disposizioni sulla protezione degli animali, il ricorso a forme di collaborazione con le guardie zoofile volontarie, messe a disposizione da associazioni autorizzate operanti in materia di protezione degli animali e dei beni naturali, su quelle parti di territorio dove i Comuni, le Province e le Aziende sanitarie locali già potevano contare su personale proprio o su volontari specializzati nell'espletamento dei compiti di vigilanza.

Il Tar Liguria evidenzia che la delibera della Giunta regionale Liguria limita, di fatto, l'autonomia dell'associazione protezionistica – Giardie Zoofile – quale espressione di cittadinanza attiva nella società civile, perché ne circoscrive il contributo solo a quelle parti di territorio in cui vi sia "*carezza – dimostrata – di personale regionale ovvero di volontari specializzati*", ponendo un generale divieto di espletare la propria attività "*su quelle parti di territorio dove i Comuni, le Province e le Aziende Sanitarie Locali già si avvalgano di personale proprio o di volontari specializzati*". Il Tar Liguria, quindi, ha provveduto ad annullare la delibera della Giunta regionale per violazione della legge regionale di rango primario (art. 23 legge regionale n. 23 del 22 marzo 2000), che invece incentiva le forme di collaborazione tra Regione ed enti locali con le diverse realtà associative che operano a vario titolo per la tutela della fauna locale, in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale.

3. Altre pronunce in merito al principio di sussidiarietà riguardano le *sovvenzioni finanziarie a soggetti non profit*¹⁵⁵. Tendenzialmente, vi è conformità nel ritenere che non vi sia una preclusione generale al principio che prevede la

¹⁵⁵ D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, 2008, www.labsus.org, pp. 9 ss.

possibilità per le amministrazioni di effettuare erogazioni in favore di associazioni che svolgano attività di rilevanza sociale. In particolare, la Corte dei Conti riconosce, tra le finalità istituzionali degli enti locali, la promozione, il sostegno e l'incentivazione, attraverso l'erogazione di sussidi ad associazioni private di cittadini per lo svolgimento di attività di rilevanza sociale¹⁵⁶. Anche la Corte di Cassazione riconosce alle cooperative sociali la possibilità di beneficiare di agevolazioni fiscali in virtù della legge n. 328 dell'8 novembre 2000 – *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*¹⁵⁷.

Quanto, invece, alle imprese *for profit*, come già evidenziato in precedenza, non è invocabile il principio di sussidiarietà orizzontale. Nello specifico, il Consiglio di Stato esclude che la sussidiarietà orizzontale possa essere “*utilizzata per fattispecie di aiuti alle imprese*”¹⁵⁸.

4. Per quanto attiene ai *criteri di organizzazione*¹⁵⁹, invece, si registrano due orientamenti. Il primo “*negativo*” esclude la rilevanza del principio di sussidiarietà orizzontale nell'esercizio della discrezionalità amministrativa. Nel caso di specie, il giudice amministrativo ha precisato che l'assegnazione da parte del comune di un fabbricato, rientrante nel patrimonio immobiliare dell'amministrazione locale, ad un soggetto piuttosto che ad un altro costituisce espressione di una scelta discrezionale dell'amministrazione, che non può essere vincolata dall'applicazione dell'art. 118, u.c., Cost.¹⁶⁰

Il secondo orientamento “*positivo*” riguarda invece l'organizzazione del Ministero della salute. Il Consiglio di Stato ha affermato che, per la capacità propulsiva nel realizzare finalità collettive in un nuovo contesto pubblico-

¹⁵⁶ Corte dei Conti, sez. Molise, 27 settembre 2005, n. 99.

¹⁵⁷ Corte di Cassazione, sez. lav., 11 maggio 2004, n. 8916.

¹⁵⁸ Cons. di Stato, sez. II, Ad. 25-VIII-2003, parere 1440/03.

¹⁵⁹ D. BOLOGNINO, R. CAMELI, F. GIGLIONI, *ibid.*, pp. 12 ss.

¹⁶⁰ TAR Veneto, 26 febbraio 2007, n. 526.

privato, occorre nell'organizzazione tenere conto delle implicazioni del principio di sussidiarietà orizzontale¹⁶¹.

5. In materia amministrativa il richiamo al principio di sussidiarietà si rinviene anche nella partecipazione al procedimento amministrativo. In questo senso, sono stati considerati attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale: l'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, di cui all'art. 10-*bis* l. 241/1990¹⁶²; la partecipazione di un'associazione di categoria al procedimento per la definizione degli orari degli esercizi commerciali e per la disciplina delle deroghe alle chiusure domenicali e festive¹⁶³; le osservazioni presentate dal privato proprietario nell'ambito di un procedimento di approvazione di progetto preliminare per lavori di riqualificazione urbana, con conseguente apposizione di un vincolo preordinato all'espropriazione del bene culturale di interesse storico artistico di sua proprietà¹⁶⁴.

Secondo la giurisprudenza di queste sentenze, la pubblica amministrazione deve preferire i modelli procedimentali che consentano il coinvolgimento diretto e attivo dei cittadini, singoli o associati, in termini non solo di mera collaborazione all'adozione di provvedimenti che incidano direttamente la loro sfera giuridica, ma anche di gestione più efficace ed adeguata rispetto agli interessi pubblici perseguiti.

¹⁶¹ Cons. di Stato, 25 novembre 2002, parere n. 3013.

¹⁶² TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 16 marzo 2009, n. 2690, in S. PELLIZZANI, op. cit., p. 609.

¹⁶³ TAR Puglia, Bari, sez. III, 12 novembre 2009, n. 2713, in S. PELLIZZANI, op. cit., p. 609: in questa sentenza, il giudice ha ritenuto la partecipazione delle associazioni di categoria al procedimento di disciplina delle aperture domenicali degli esercizi commerciali un momento fondamentale al fine di *“determinare scelte rispondenti alle peculiarità socio culturali della Regione”*.

¹⁶⁴ TAR Campania, Napoli, sez. V, 14 febbraio 2008, n. 820, in S. PELLIZZANI, op. cit., p. 609: il giudice, in questa sentenza, ha ritenuto che alla partecipazione del privato proprietario di un immobile oggetto di un procedimento diretto all'apposizione di un vincolo preordinato all'esproprio consegua per la pubblica amministrazione l'obbligo di motivare il provvedimento, specificando le ragioni che la inducono a disattendere l'eventuale progetto presentato dal privato.

Da ultimo, occorre affermare che, seppur tali decisioni favoriscano la valorizzazione del rapporto paritario tra amministrazione e amministrati, a tal punto che i secondi possano incidere significativamente sul contenuto delle decisioni, il collegamento tra principio di sussidiarietà orizzontale e la partecipazione del privato al procedimento amministrativo non ha convinto del tutto autorevole dottrina. Allegretti, a tal proposito, ha sostenuto che la sussidiarietà orizzontale non può essere confusa con il principio democratico di partecipazione, dal momento che quest'ultimo è uno strumento fondamentale della sussidiarietà, ma non la sua esclusiva determinazione¹⁶⁵.

6. Infine, il principio di sussidiarietà ha trovato applicazione da parte del giudice amministrativo con riguardo all'esigenza di assicurare un controllo democratico e diffuso sulla legittimità dell'azione amministrativa.

Questa esigenza è stata affrontata attraverso un'interpretazione estensiva della legittimazione a ricorrere, che ha permesso ai cittadini e alle loro formazioni sociali un'ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l'esercizio della funzione amministrativa. In questo senso, il principio di sussidiarietà trova diretta applicazione.

Come afferma il TAR Liguria, tale principio *“induce necessariamente a dover riconsiderare sotto nuova e più pregnante luce la valenza della posizione giuridica dei soggetti coinvolti nell'azione amministrativa. Non v'è dubbio, infatti, che lo specifico ruolo ordinamentale attribuito ai privati ed alle loro formazioni sociali sul piano sostanziale riverberi i suoi effetti anche sul piano procedimentale e processuale. Così, per un verso, l'apporto di questi ultimi nell'ambito del procedimento andrà valorizzato non solo in termini di mera collaborazione nell'adozione dei provvedimenti che incidano direttamente la loro sfera giuridica, ma anche ai più generali fini della gestione stessa della funzione amministrativa per renderla più adeguata rispetto agli interessi*

¹⁶⁵ U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006.

pubblici perseguiti. Per altro verso, poi, ai singoli ed alle loro formazioni sociali dovrà essere garantita la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l'esercizio di detta funzione da parte degli enti istituzionali a ciò preposti”.

Circa l'ampliamento della sfera dei soggetti legittimati al ricorso, il Consiglio di Stato ha criticato quest'impostazione, affermando che *“l'art. 118 Cost. attiene a forme più evolute di esercizio di potestà amministrativa e come tale non può incidere sui cardini della funzione giurisdizionale”*¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826.

CAPITOLO II

LA PARTECIPAZIONE AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

2.1. Introduzione alla procedimentalizzazione della funzione amministrativa

La necessità di una concezione sempre più democratica e trasparente della funzione amministrativa e di un nuovo rapporto tra amministrazione e cittadini ha imposto, all'inizio degli anni Novanta, la regolamentazione del procedimento amministrativo.

Prima dell'introduzione della legge 7 agosto 1990, n. 241, che reca "*nuova norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*", la dottrina e la giurisprudenza hanno costruito l'intero diritto amministrativo sulla centralità del provvedimento amministrativo, dell'ente pubblico e del potere che quest'ultimo esercita ponendo in essere il primo. Di conseguenza, il procedimento amministrativo ha avuto, per lungo tempo, ruolo residuale.

La dottrina della metà del XX secolo ha concepito il procedimento amministrativo secondo due concezioni diverse: l'una sequenziale, l'altra funzionale.

Secondo la prima concezione, il procedimento amministrativo è descritto come compito del soggetto pubblico o finalismo della procedura verso l'approdo del provvedimento. A tal proposito, Sandulli affermava che il procedimento amministrativo consiste "*in una serie di atti e di operazioni, posti in essere da un unico o da diversi agenti, solitamente culminanti in un provvedimento e strutturalmente e funzionalmente collegati dall'obiettivo avuto di mira*"¹⁶⁷. In questo senso, il procedimento rileva solo nella prospettiva della decisione

¹⁶⁷ A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, cit.

provvedimentale dell'autorità pubblica e lo studio del procedimento acquista significato come descrizione del succedersi degli eventi procedimentali diretti al formarsi del provvedimento dell'autorità secondo lo schema dettato dalla norma. Questo primo approccio conserva la centralità del provvedimento unilaterale autoritario. L'autorità procede, in vista del compito che le spetta assolvere – e cioè definire il rapporto con il provvedimento autoritativo unilaterale – perseguendo l'interesse che solo ad essa è attribuito¹⁶⁸. In conclusione, secondo questa concezione, ciò che dà senso al procedimento è solo il provvedimento unilaterale, il potere pubblico, il ruolo dell'autorità.

Per la seconda concezione, invece, il procedimento è il luogo di trasformazione del potere, astrattamente previsto da una norma, in atto, e quindi in una decisione autoritativa¹⁶⁹. In questo senso, il procedimento, a differenza della prima concezione, rileva in positivo, in quanto consiste in un'attività giuridica dove il rapporto tra cittadino e amministrazione nell'accertamento del fatto e nell'applicazione della norma è paritario, anche se spetta solo all'ente l'applicazione di quest'ultima in via unilaterale, ma comunque imparziale. Il potere è dinamico, perché si trasforma in atto, di conseguenza la procedura non è tanto più il luogo di emersione degli interessi quanto il veicolo necessario per la concretizzazione del precetto astratto contenuto nella legge. Gli attori del procedimento sono in posizione paritaria ed eguale rispetto alla norma ed in rapporto dialettico tra loro; cessa, quindi, di avere centralità il soggetto pubblico, perché il procedimento è definito dall'attività e non dal soggetto¹⁷⁰. In questo senso, il soggetto pubblico co-amministra ed è vincolato nel suo agire da precetti giuridici

¹⁶⁸ In questo senso, M. S. GIANNINI, in *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, affermava che il procedimento assume rilievo solo nella composizione e ponderazione degli interessi che l'amministrazione deve compiere, "essendo il procedimento in funzione della ponderazione degli interessi".

¹⁶⁹ A tal proposito, si veda F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952 e *Per un diritto paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975.

¹⁷⁰ L. PERFETTI, *Procedimento amministrativo e partecipazione. Report annuale – 2011 – Italia*, 2011, www.ius-publicum.it, p. 5.

che gli sottraggono autonomia, quindi, al termine della procedura, dovrà adempiere al suo onere di adozione della decisione unilaterale in maniera imparziale: il procedimento è, quindi, relazione.

Questa seconda tradizione ha contribuito in maniera evidente alla legge generale sul procedimento amministrativo del 1990. E, grazie ad essa, il procedimento assume una *nozione garantistica*. Secondo Nigro, il procedimento è il “*luogo nel quale al privato è garantita la rappresentazione e la tutela dei propri interessi, ove incisi dall’azione dei pubblici poteri*”¹⁷¹. In questo senso, la funzione di garanzia del procedimento si scorge non solo nell’emersione delle invalidità della decisione autoritativa, divenendo così rilevante anche ciò che avviene prima dell’adozione del provvedimento, ma anche nella paritarietà delle parti nella determinazione del fatto e della fattispecie nel corso del procedimento. La partecipazione procedimentale ha assunto significati diversi: inizialmente si è colta la sua funzione di protezione delle posizioni individuali¹⁷², in analogia con il contraddittorio procedimentale, alla quale si sono poi aggiunte, nell’interpretazione della dottrina, quella di democratizzazione dell’attività amministrativa e di collaborazione del cittadino nell’assunzione della decisione pubblica¹⁷³.

2.2. La legge generale sul procedimento amministrativo e le riforme successive

Prima dell’introduzione della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel nostro ordinamento non vi era una legge che dettasse principi generali validi per la totalità dei procedimenti amministrativi. Le diverse leggi speciali prevedevano specifiche

¹⁷¹ M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1980, cit.

¹⁷² A tal proposito, P. DURET, *Partecipazione procedimentale e processo*, in *Procedimento procedura processo*, atti del convegno dal medesimo titolo, Urbino, 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010.

¹⁷³ A tal proposito, U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un’ottica di democrazia partecipativa*, in *Procedimento procedura processo*, atti del convegno dal medesimo titolo, Urbino, 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010.

tipologie procedimentali per talune materie, quale, ad esempio, l'espropriazione. Per tale motivo, la situazione italiana antecedente l'introduzione della *legge generale sul procedimento amministrativo* era governata da un'eccessiva discrezionalità nella gestione del procedimento amministrativo da parte dell'amministrazione procedente e dalla totale assenza di norme in tema di partecipazione al procedimento a favore del soggetto interessato, nonché destinatario.

Diversi furono i progetti di legge che precedettero la legge 7 agosto 1990, n. 241. Il primo progetto di legge generale del procedimento amministrativo fu elaborato negli anni 1944-1947 dalla I Commissione Forti. Tale progetto aveva il compito di raccogliere in un unico testo gli insegnamenti della dottrina e dell'esperienza amministrativa, nonché i principi che attraverso la dottrina, la giurisprudenza e la prassi hanno caratterizzato l'esperienza amministrativa precedente. Primario scopo, dunque, consisteva nell'unificazione delle tendenze giuridiche già acquisite e consolidate. In secondo luogo, il Progetto Forti mirava ad una legge *generale*, che si occupasse sia dell'organizzazione amministrativa sia del procedimento, dell'atto amministrativo e delle sue forme di riesame, ma anche della responsabilità. Occorre sottolineare, dunque, che il progetto consisteva in una razionalizzazione dell'intera amministrazione tradizionale, con un compito consolidativo più che creativo¹⁷⁴. Qualche elemento di innovazione è rappresentato dall'introduzione di elementi di contraddittorio, quali la comunicazione dell'avvio del procedimento, tuttavia limitato ai soli procedimenti d'ufficio, l'assistenza degli interessati agli accertamenti tecnici e la comunicazione dei risultati dell'istruttoria. Le critiche della dottrina al Progetto Forti non tardarono. Vi era chi, come Borsi, argomentava il carattere prematuro e il contenuto squilibrato a favore del privato, in particolare sul tema della comunicazione del risultato dell'istruttoria e su quello della

¹⁷⁴ U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Giuffrè Editore, 2009, p. 87 ss.

comunicazione dell'avvio del procedimento, che incide sugli interessi legittimi¹⁷⁵; vi era, invece, chi, come De Valles, sottolineava il carattere positivo del progetto e suggeriva di obbligare l'amministrazione a comunicare all'interessato anche la presa in considerazione della sua domanda¹⁷⁶; ed, infine, chi, come Benvenuti, ne criticava il tradizionalismo eccessivo¹⁷⁷.

Il Progetto Forti, per lungo tempo, fu riproposto in iniziative legislative, ed in particolare fu rielaborato ed aggiornato ad opera di Lucifredi. In particolare, nel 1953, vennero espunte, perché giudicate non mature, le norme in tema di enti pubblici e in tema di responsabilità. Tale progetto fu presentato alle Camere per diverse legislature, senza tuttavia mai essere tradotto in legge.

A partire dal 1957, il Progetto di riforma della legge generale giunse ad una nuova tappa, proposta da Benvenuti, il quale auspicava una legge generale sul procedimento che avesse come centro la partecipazione procedimentale del privato. Benvenuti insisteva sulla necessità pratica di un *“ridimensionamento e un raddrizzamento delle tendenze attuali della nostra amministrazione”*, innovando i principi dell'amministrazione tradizionale, così da rendere *“effettiva la diretta partecipazione degli organi amministrativi alla vita del popolo”*. In particolare, Benvenuti motivava la sua proposta mettendo in luce lo spirito democratico della nostra Costituzione, per cui la sovranità popolare non può *“essere limitata al solo campo del diritto costituzionale”*. Egli annoverava, tra i fondamentali diritti di *“libertà attiva”* dell'uomo, la *“la partecipazione all'attività della pubblica amministrazione mediante il procedimento e il controllo mediante l'intervento critico di libere associazioni di cittadini”*.

Accanto al Progetto di Benvenuti, occorre ricordare l'importante impulso dato da Mario Nigro, il quale, fin dai suoi primi studi, riteneva necessario l'incremento del

¹⁷⁵ U. BORSI, *Osservazioni sul progetto della legge generale sulla pubblica amministrazione*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, 1948.

¹⁷⁶ A. DE VALLES, *Sul progetto di una legge generale sulla pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.*, 1949.

¹⁷⁷ F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, Trento, 1957.

contraddittorio coi privati in nome di un'esigenza di liberalismo amministrativo. In particolare, egli osservava che *“la concezione giustiziale del procedimento è una necessaria conseguenza del riconoscimento all'atto amministrativo di un valore proprio nella protezione della libertà”* e indicava come la Costituzione integrasse sia un sistema di tutela giurisdizionale completo ed efficiente sia un'apertura del procedimento ai portatori di tutti gli interessi coinvolti¹⁷⁸.

Nonostante la linea evolutiva proposta da Benvenuti e Nigro, nel suo insieme la dottrina continuava ad avere una scarsa sensibilità circa l'apertura del procedimento a soggetti diversi da quelli amministrativi e continuava a privilegiare nella sua impostazione l'organo, o gli organi, gli atti amministrativi e la tutela.

Una svolta importante sembrava giungere ad opera del Rapporto Giannini all'inizio degli anni Ottanta¹⁷⁹. Con tale rapporto l'obiettivo fu duplice: mettere all'ordine del giorno le linee elaborate dal riformismo amministrativo italiano negli ultimi due decenni ed elaborare un disegno generale di riforma dell'azione dei pubblici poteri. Tale rapporto fu organizzato sinteticamente in cinque capitoli – introduzione, tecniche di amministrazione, tecnologia delle amministrazioni, personale, riordinamento dell'amministrazione dello Stato – e, seppur molti di questi temi furono già ampiamente dibattuti nelle precedenti esperienze, quel che è nuovo risiede nella completezza e nell'ispirazione unitaria del quadro. Tra i temi trattati si ricordano i servizi di connettivo, come il protocollo, l'archivio, la copia e la spedizione, i modi della comunicazione dentro e fuori l'amministrazione, le modalità di decisione, i tempi e la produttività; si diede una lettura originale dei calcoli dei costi, della produttività, di misurazione dei tempi e di efficienza ed efficacia dei servizi amministrativi, i quali divennero il fulcro del progetto di riforma.

¹⁷⁸ M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953.

¹⁷⁹ M. S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, presentato al Parlamento il 16 novembre 1979 in qualità di Ministro della Funzione pubblica, in *Riv.dir.trim.*, 1982.

Tuttavia, nonostante il Rapporto diede vita a due atti normativi (la legge 11 luglio 1980, n. 312, sull'aspetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato; e la legge quadro 29 marzo 1983, n. 93, sul pubblico impiego), seppur non esplicitamente da esso dipendenti, fu messo nel cassetto.

Ed è proprio negli anni Ottanta, che si aprirono subito dopo, che la Presidenza del Consiglio nominò la Commissione Nigro, la quale gettò le basi per l'impianto della legge generale: da un lato, la scelta dell'area di intervento, dall'altro la scelta del tipo e del contenuto della disciplina.

Innanzitutto, occorre affermare che lo schema che Nigro si proponeva di raggiungere attraverso l'elaborazione di un progetto di legge generale sul procedimento atteneva alla semplificazione e democratizzazione dello stesso.

Nigro sosteneva che la legge generale sul procedimento amministrativo non dovesse avere come centro principale l'atto amministrativo, ma addirittura che se ne potesse escludere la sua disciplina.

Quanto alla disciplina, egli riteneva che questa dovesse essere sì flessibile, ma non limitarsi alla mera enunciazione di principi, in modo tale da avere come contenuto principale una serie di ipotesi di rapporti organizzativi, ossia una trama di relazioni fra i soggetti e gli organi amministrativi e i titolari di interessi, privati e associati, esterni all'amministrazione, stemperando il carattere autoritativo dell'amministrazione.

La scelta della Commissione Nigro fu innanzitutto quella di abbandonare l'idea di una codificazione dell'intera disciplina generale dell'attività amministrativa, per concentrarsi sui tre oggetti fondamentali, che caratterizzano la legge, ossia la normazione del procedimento, la pubblicità dei documenti amministrativi e il rapporto tra atto amministrativo e attività del privato.

In secondo luogo, l'attenzione si concentrò sul tipo di regolazione: l'idea è quella di una *disciplina per principi*¹⁸⁰, ad esclusione dell'accesso ai documenti, che trova una compiuta regolazione. Così facendo, la legge si limita ad alcuni interventi

¹⁸⁰ U. ALLEGRETTI, op.cit., p. 100.

essenziali, che lasciano il compito di determinare le forme concrete alla prassi e alle leggi di settore, ritenute più idonee ad adottare nel dettaglio una disciplina consona alle esigenze amministrative. Il testo “*non ha la pretesa di esaurire in ogni profilo l’esigenza di disciplina del procedimento*”, ma solo di “*affrontare i punti di maggiore arretratezza del sistema vigente*”, così affermò il Presidente del Consiglio Craxi nel 1984 al momento della presentazione preliminare dell’elaborato in sede parlamentare.

Il progetto di riforma ha il pregio di presentarsi innovativo sotto diversi aspetti:

- innanzitutto, la motivazione del provvedimento viene resa obbligatoria, con qualche eccezione;
- viene ampliato il contraddittorio, prevedendo non solo le osservazioni scritte di parte, ma anche l’assistenza delle parti alle ispezioni e agli accertamenti di fatto e, su richiesta, l’audizione orale delle parti;
- la partecipazione al procedimento viene estesa ai portatori di interessi collettivi e diffusi;
- sempre sul tema partecipativo, viene prevista l’istruttoria pubblica per la formazione degli atti generali;
- l’accesso ai documenti viene esteso alla generalità dei soggetti indipendentemente da un interesse qualificato.

Quanto ai contenuti, negli anni successivi, viene attenuato il valore innovativo: nel merito, alcune delle innovazioni più rilevanti vengono eliminate in sede di Presidenza del Consiglio, come l’audizione orale delle parti, l’istruttoria pubblica per gli atti generali e lo svincolo del diritto di accesso dalla presenza di interessi qualificati.

Nonostante ciò, la riforma proposta dalla Commissione Nigro, una volta tradotta in d.d.l. governo, portò all’approvazione della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Un ulteriore e successivo tentativo di innovazione si ha con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241. La necessità di introdurre una nuova disciplina, che configurasse un vero e proprio

corpo di “norme generali sull’azione amministrativa”, è stato proposto dal deputato Cerulli Irelli l’8 marzo 2000, con la proposta di legge n. 6844, per poi essere ripresa in un ddl governativo, approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 marzo 2002.

La riforma del 2005 ha permesso di ridisegnare il procedimento amministrativo a seguito delle risultanze dell’evoluzione giurisprudenziale più recente e ai principi del diritto comunitario.

Le modifiche apportate alla “nuova legge 241” possono essere raggruppate in quattro macro-categorie:

1. dal punto di vista dei principi generali del procedimento amministrativo, si ha l’introduzione del principio di trasparenza accanto al principio di economicità, efficacia e pubblicità ed il recepimento di principi comunitari elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità Europea, nonché quelli recepiti in via generale dall’art. II, comma 101, della Costituzione Europea, che disciplina il diritto ad una buona amministrazione. Di questi, tre principi assumono rilievo: innanzitutto, il principio di proporzionalità, il cui impianto contenutistico è già presente nel nostro ordinamento in ragione del riconoscimento del principio di ragionevolezza (il quale impone alla pubblica amministrazione, che agisca discrezionalmente, di valutare la ragionevolezza della compressione della sfera giuridica del singolo), ma che nella veste comunitaria assume un’applicazione nuova e più pregnante, laddove impone all’amministrazione di non comprimere la sfera giuridica dei privati se non in presenza di giusti motivi; in secondo luogo, il principio di precauzione, il quale trova origine nei procedimenti europei a tutela dell’ambiente e consente alla pubblica amministrazione procedente di adottare provvedimenti, generalmente di natura restrittiva, laddove paventi il rischio di una lesione ad un interesse tutelato, anche in assenza di un rischio concreto (occorre sottolineare che l’amministrazione, in un secondo momento, dovrà accertare la sussistenza dei presupposti secondo cui ha agito, così confermando il proprio provvedimento o, al contrario, interrompendone la produzione degli effetti); da ultimo, il principio del legittimo affidamento, attraverso cui si tutela il legittimo

affidamento che il privato pone nei confronti di un atto posto in essere dall'amministrazione, obbligando quest'ultima ad indirizzarlo laddove decidesse di ritirare l'atto e, di conseguenza, producendo un effetto sfavorevole nella sfera giuridica del privato – in questo senso, secondo l'art. 11, comma IV, della l. 241/1990, in tema di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, l'amministrazione è tenuta a provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato, laddove receda unilateralmente dall'accordo; e l'art. 21 *quinquies*, comma I, della l. 241/1990 sancisce, in caso di revoca del provvedimento, l'obbligo per la pubblica amministrazione di provvedere all'indennizzo dei pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati.

2. modifiche alla disciplina del procedimento amministrativo, ed in particolare alla sua conclusione: si pensi all'introduzione dell'art. 10-*bis*, ossia il cd. preavviso di rigetto, e alla figura del silenzio inadempiuto;
3. l'introduzione del capo IV *bis* che regolamenta i procedimenti di secondo grado;
4. una più compiuta disciplina del diritto di accesso¹⁸¹.

Dunque, in conclusione, è possibile affermare che gli scopi che persegue la legge 7 agosto 1990, n. 241, con le modifiche introdotte dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, sono molteplici: la semplificazione dell'attività amministrativa, imperniata sui principi di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza; l'obbligo per la pubblica amministrazione di concludere i procedimenti in un tempo ragionevole e predeterminato e con un provvedimento espresso; la partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa che li riguarda; la pubblicità degli atti dell'amministrazione da parte dei soggetti che vi abbiano interesse.

Con riguardo a tali scopi, ed in particolare alla partecipazione, occorre sottolineare che non vi è dubbio del carattere innovativo da quest'ultima rivestito, tuttavia essa poteva essere organizzata e disciplinata secondo due modelli differenti: il modello collaborativo, che prevede un ruolo attivo del cittadino, il quale arricchisce con dati

¹⁸¹ *Infra*, paragrafo 2.7. Il diritto di accesso.

e valutazioni l'azione della pubblica amministrazione nella scelta finale; il modello difensivo, che consiste in una partecipazione finalizzata alla tutela e alla protezione degli interessi del privato, incisi dal provvedimento¹⁸². Se la partecipazione è improntata ad un modello collaborativo, di arricchimento del materiale istruttorio, tale collaborazione potrebbe apparire inutile in tutti i casi in cui la partecipazione del privato interessato non appaia idonea ad arricchire i dati in possesso della pubblica amministrazione, con la conseguenza che il procedimento amministrativo verrebbe considerato legittimo pur in assenza di un arricchimento del materiale istruttorio da parte del privato.

Dalla lettura della legge 241/1990, così come modificata dalla legge 15/2005, emerge un modello partecipativo di tipo difensivo, finalizzato alla salvaguardia degli interessi dei privati, tanto che si può parlare di tutela *endoprocedimentale*, cioè di tutela che si realizza durante e all'interno del procedimento.

Nonostante, come emergerà dall'analisi successiva, alcuni istituti sono stati introdotti in ottica collaborativa, la partecipazione non viene intesa in questo senso, ed anzi svolge un ruolo secondario.

Il diritto amministrativo, ed in particolare il procedimento amministrativo, ha subito negli anni varie ed ulteriori trasformazioni, legate all'esigenza sia di riconsiderare i rapporti tra privati e pubblica amministrazione sia di intervenire nei confronti del dilagare dei fenomeni di corruzione.

Importanti novità hanno investito, innanzitutto, la trasparenza amministrativa, oggetto sia della l. n. 190 del 2012, in tema di lotta alla corruzione, sia del d.lgs. 33 del 2013, noto come "*decreto trasparenza*", entrambi integrati e modificati dal d.lgs. 97 del 2016, attuativo dell'art. 7 della l. n. 124 del 2015, che ha completato la disciplina dell'accesso civico, con la previsione del c.d. accesso civico generalizzato, ispirato al modello anglosassone del FOIA, divenendo il diritto all'informazione una regola generale dell'ordinamento.

¹⁸² G. BARONE, *I modelli di partecipazione procedimentale*, n. 5 – 2006, giustamm.it, p. 2.

In secondo luogo, le novità hanno riguardato, inoltre, l'autotutela, i rimedi all'inerzia delle pubbliche amministrazioni, oltre che la conferenza di servizi.

Le nuove norme sono contenute prevalentemente nella l. 7 agosto 2015, n. 124 (recante “*Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*”, c.d. *Legge Madia*, dal nome del Ministro proponente) e nei relativi decreti e regolamenti di attuazione. Tale legge si è posta l'obiettivo di ridisegnare in profondità le strutture e l'azione delle pubbliche amministrazioni, intervenendo sia sulla disciplina generale del procedimento sia sulla disciplina dell'atto amministrativo. Fondamentale, nel nuovo modello di disciplina, è l'utilizzo degli istituti del silenzio-assenso sulle istanze di autorizzazione e della DIA/SCIA, già sollecitato dalla direttiva n. 2006/123/CE, che ha segnato l'introduzione di strumenti di controllo preventivo sull'esercizio di attività economiche impattanti su interessi pubblici in nome delle finalità generali indicate dall'art. 41 Cost., in virtù di un “controllo semplificato” dell'attività privata.

2.3. La legittimazione alla partecipazione procedimentale (cenni)

È opportuno, inizialmente, fare riferimento alle norme contemplate nella l. 7 agosto 1990, n. 241, attraverso cui è possibile osservare la fisionomia del procedimento amministrativo e della partecipazione, seppur non sia possibile trascurare l'ampia messe di riferimenti in altre fonti normative diverse.

In primo luogo, l'art. 7 e l'art. 9 l. 241/1990 stabiliscono che sono legittimati all'intervento nel procedimento i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, i soggetti che per legge debbono intervenire nel procedimento e i soggetti che possono subire un pregiudizio dal provvedimento, purché individuati o facilmente individuabili¹⁸³.

¹⁸³ Tali soggetti verranno esaminati in sede di analisi dell'istituto della comunicazione dell'avvio del procedimento, *infra* Paragrafo 2.5. La comunicazione di avvio del procedimento.

Possono, inoltre, intervenire nel procedimento, ai sensi dell'art. 9 l. 241/1990, i portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi¹⁸⁴ costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento. In tal senso, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, recentemente, si è pronunciata su una rilevante questione attinente alla sussistenza o meno, in capo agli enti esponenziale, di una generale legittimazione ad agire a difesa degli interessi collettivi nel giudizio amministrativo. In altri termini, la Plenaria si è interrogata se, fermo restando il divieto di sostituzione processuale contemplato dall'art. 81 c.p.c., tali enti siano legittimati ad agire in giudizio anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. In particolare, essa ha affermato che *“gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso”*¹⁸⁵.

La differenza tra i soggetti di cui all'art. 7 e all'art. 9 consiste nella modalità con cui i soggetti acquisiscono la conoscenza della pendenza di un procedimento nel quale intervenire: quelli di cui all'art. 7 attraverso la comunicazione di avvio del procedimento, mentre quelli di cui all'art. 9 attraverso modalità differenti. Infatti, i soggetti di cui all'art. 7 sono titolari di un interesse legittimo qualificato e differenziato, mentre i soggetti contemplati dall'art. 9 hanno un interesse

¹⁸⁴ Come sottolinea E. CASSETTA, in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, ult. ed., la legge parla impropriamente di *interessi diffusi*: infatti, allorché tali interessi siano fatti valere da enti esponenziali, essi sono, in realtà, interessi collettivi, atteso che esista un centro organizzativo di riferimento.

¹⁸⁵ Così, Ad. Plen. Cons. Stato, 20 febbraio 2020, n. 6. La tematica della legittimazione ad agire degli enti associativi esponenziali verrà approfondita in sede di analisi degli interessi “superindividuali”, *infra* Capitolo III – Tra procedimento e processo: il problema degli interessi superindividuali.

differenziato, ma non qualificato. La differenziazione si lega alla necessità che sussista un pregiudizio.

A differenza dell'art. 7, poi, non è necessario che gli intervenienti siano individuati o facilmente individuabili al momento in cui prende avvio il procedimento. Quest'ultima restrizione ha un significato particolare: l'art. 7 prevede un dovere dell'amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento, il quale non può comportare un eccessivo aggravio per l'amministrazione stessa, mentre la partecipazione disciplinata all'art. 9 è indipendente dal ricevimento dell'avviso del procedimento.

La dottrina, nell'analisi del tema della partecipazione, ha spesso utilizzato la nozione di *parti del procedimento*, mutuando la terminologia processualistica¹⁸⁶. In questo modo, si sono individuate *parti necessarie*, ossia quelle contemplate dall'art. 7, e *parti eventuali*, ossia quelle disciplinate dall'art. 9.

Tuttavia, il concetto di parte non può essere riferito in senso proprio alla funzione amministrativa, in quanto il potere è attribuito soltanto alla pubblica amministrazione, né si registra alcun fenomeno di compartecipazione o contitolarità che consenta di accostare il soggetto privato all'amministrazione.

In ordine, poi, alla distinzione tra parti necessarie e parti eventuali, occorre sottolineare che i soggetti intervenienti possono tutti alla stessa stregua concorrere alla formazione della miglior decisione finale. Il grado di rilevanza del loro apporto dipende, infatti, dal materiale istruttorio che sono in grado di presentare nel procedimento: sotto questo profilo, l'unica differenza tra le due categorie individuate dalla legge è collegata al dovere dell'amministrazione di attivarsi (art. 7) o non (art. 9) per agevolare la loro partecipazione mediante la comunicazione dell'avvio del procedimento.

In realtà, impiegare la nozione *parte* nel procedimento, non è propriamente corretto, ove l'amministrazione non possa qualificarsi come soggetto terzo nei confronti

¹⁸⁶ In particolare, M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

degli interessi in gioco: l'amministrazione deve, infatti, perseguire il solo interesse pubblico. Unica vera parte necessaria è dunque l'amministrazione, o, meglio, l'amministrazione procedente¹⁸⁷.

2.4. L'ambito di applicazione della disciplina sulla partecipazione al procedimento

L'art. 13 l. 241/1990 sancisce che le norme contenute nel capo sulla partecipazione al procedimento *“non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”*, nonché ai procedimenti tributari.

La *ratio* di tale esclusione, secondo il Consiglio di Stato, risiede nell'esigenza di sottrarre *“atti di vasta portata e di applicazione generalizzata”* all'ingerenza costituita dalla partecipazione di molteplici soggetti¹⁸⁸.

Dalla norma in esame ne discende che sono esclusi dall'applicazione delle norme in tema di partecipazione gli artt. 7, 8, 9, 10, 10-bis e 11. In particolare, quest'ultimo articolo si occupa degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento finale che intercorrono tra amministrazione e privato. Nonostante tale articolo non disciplini la partecipazione in senso stretto, tuttavia ha una stretta attinenza con il fenomeno partecipativo, dal momento che tali accordi presuppongono e si originano proprio dalla partecipazione del privato al procedimento.

Tali esclusioni, pur essendo state oggetto di forti critiche da parte della dottrina, si giustificano per il fatto che riguardano esclusivamente il modello della partecipazione-garanzia incentrato sul contraddittorio scritto tra amministrazione procedente e soggetti legittimati a partecipare, e non invece le particolari norme che

¹⁸⁷ E. CASSETTA, in *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, ult. ed., p. 457.

¹⁸⁸ Cons. Stato, Ad. Gen., n. 7/1989.

ne regolano la formazione, le quali possono prevedere forme di partecipazione alternative.

I procedimenti esclusi dall'applicazione delle norme sulla partecipazione ex art. 13, comma I, presentano una caratteristica comune: essi sono destinati a concludersi con atti e provvedimenti non aventi un contenuto puntuale e specifico. Il modello della partecipazione, delineato negli artt. 7 e ss., è costruito sul paradigma di procedimenti che si concludono con atti e provvedimenti diretti ad incidere negativamente sulla sfera di soggetti privati. Dunque, il nucleo centrale di tale modello è la garanzia che si vuole offrire al privato rispetto alla posizione giuridica di cui è titolare.

2.5. La comunicazione di avvio del procedimento

La comunicazione di avvio del procedimento rappresenta un istituto di rafforzamento della partecipazione, in quanto costituisce il momento iniziale mediante il quale si attivano gli istituti che consentono un reale ed effettivo contraddittorio.

L'intervento degli interessati al procedimento amministrativo mira a precise finalità:

- a. innanzitutto, realizza il principio del giusto procedimento;
- b. in secondo luogo, si collega al principio di imparzialità e di buona amministrazione, ex art. 97 Cost., dal momento che la partecipazione è sia uno strumento di tutela delle posizioni individuali sia una modalità indiretta di individuazione dei fini pubblici;
- c. da ultimo, realizza anche la trasparenza dell'azione amministrativa, dal momento che i cittadini coinvolti nel procedimento possono prendere atto dell'attività amministrativa che li riguarda, potendo inoltre indurre a correggerla.

Quanto detto comporta una maggiore possibilità di controllo da parte del giudice, il quale, sotto il profilo dell'eccesso di potere, è in grado di valutare, alla luce del contributo del privato, se il provvedimento conclusivo del procedimento risulta coerente e logico¹⁸⁹.

Peraltro, la comunicazione di avvio del procedimento si pone l'obiettivo di prevenire i ricorsi amministrativi e giurisdizionali, in quanto consente ai cittadini di tutelare i propri interessi nel corso dell'attività amministrativa ed anticipa i motivi di dissenso e gli elementi che potrebbero indurre l'amministrazione ad adottare una decisione piuttosto che un'altra, evitando, nella maggior parte dei casi, di dover attendere la conclusione del procedimento o impugnare il provvedimento in via amministrativa o dinnanzi all'Autorità giudiziaria. In tal modo, si ottiene un effetto deflattivo del contenzioso, perché, seppur l'azione amministrativa risulti meno celere, è sicuramente più immune da successivi attacchi da parte del cittadino che si ritenga leso.

Prima di addentrarci nella disciplina dell'istituto, occorre individuare il momento in cui il procedimento si considera avviato. Ai sensi dell'art. 2, l. 241/1990, il procedimento si ritiene avviato, alternativamente, con la presentazione di un'istanza da parte del privato o con l'adozione di un atto dal quale deriva l'obbligo per la pubblica amministrazione di provvedere d'ufficio. Da ciò, deriva la distinzione tra procedimenti ad istanza di parte e procedimenti avviati d'ufficio, che in questa sede assume rilevanza, dal momento che sia il giudice sia il legislatore non ritengono indispensabile comunicare l'avvio del procedimento per i procedimenti ad istanza di parte, essendo gli interessati già a conoscenza del fatto che l'istanza determina l'inizio del procedimento.

¹⁸⁹ A. M. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 568.

2.5.1. I destinatari della comunicazione di avvio

Ai sensi dell'art. 7 della l. 241/1990, l'avvio del procedimento deve essere comunicato a tutti i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, a quelli che per legge devono intervenire, nonché ai soggetti, diversi dai diretti destinatari, che siano individuati o facilmente individuabili qualora dal provvedimento possa derivare loro un pregiudizio.

Quanto all'identificazione dei destinatari dell'atto e dei soggetti che per legge devono intervenire, questi sono i soggetti nella cui sfera giuridica è destinata a prodursi la vicenda giuridica determinata dall'esercizio del potere: si tratta, quindi, dei titolari di interessi legittimi oppositivi o pretensivi. Si può trattare di soggetti privati ovvero di soggetti pubblici (enti, uffici, organi) ai quali è rimessa la cura di interessi pubblici diversi da quello gestito dall'amministrazione procedente.

I destinatari del provvedimento conclusivo del procedimento sono, quindi, i soggetti che risentono degli effetti diretti del provvedimento. Il loro numero può variare notevolmente in base al tipo di provvedimento che viene emesso, sia perché può risultare difficile determinare *ex ante* tutti i destinatari del provvedimento sia perché il numero può essere molto elevato. Ciò risulta complicato, in particolare, nei casi di avvio del procedimento diretto all'adozione di atti a valenza generale o con pluralità di destinatari non individuati. In ogni caso, si richiede all'ufficio competente nella fase iniziale del procedimento uno sforzo di identificazione.

Di più difficile determinazione è la categoria dei soggetti individuati o facilmente individuabili, ai quali potrebbe derivare un pregiudizio dal provvedimento. La legge, dunque, prende in considerazione anche i soggetti le cui posizioni soggettive non sono direttamente incise dal provvedimento, ma possono indirettamente subire un pregiudizio a causa dell'emanazione del provvedimento finale. In linea di massima, si tratta di quei soggetti che sarebbero legittimati ad impugnare il provvedimento favorevole nei confronti del destinatario, in quanto pregiudicati dal provvedimento stesso. Tali soggetti sono, quindi, portatori di una situazione

differenziata rispetto alla collettività, e cioè di un interesse legittimo: si parla, in tal caso, di *controinteressati sostanziali*¹⁹⁰.

La norma in esame, quanto alla formula “*pregiudizio*”, è generica e non fornisce criteri utili per una sua interpretazione. In astratto, anche un lieve perturbamento (futuro ed eventuale) di qualunque posizione soggettiva potrebbe legittimare la pretesa a ricevere comunicazione dell’avvio del procedimento, tuttavia si ritiene, in virtù del principio di ragionevolezza, che l’entità del pregiudizio sia apprezzabile sotto il profilo giuridico e, quindi, non tanto lieve da essere considerata irrilevante: a tal proposito, la giurisprudenza ha richiesto che il pregiudizio da questi subito sia *significativo*, e che sia quindi esclusa la comunicazione nei confronti di coloro che potrebbero lamentare un pregiudizio tanto lieve da poter essere considerato giuridicamente non apprezzabile¹⁹¹.

2.5.2. La disciplina della comunicazione di avvio

L’adempimento materiale della comunicazione di avvio del procedimento attiene al responsabile del procedimento e avviene mediante comunicazione personale – attraverso la notifica, la comunicazione a mezzo di messo comunale o ufficiale giudiziario, la raccomandata con avviso di ricevimento, la comunicazione per mezzo della ricevuta rilasciata al momento della presentazione di una domanda. Ai sensi dell’art. 8 della l. 241/1990, la comunicazione può essere effettuata anche con modalità pubblicitarie differenti, comunque *idonee*, stabilite di volta in volta dall’amministrazione, quando per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa.

La scelta discrezionale dell’amministrazione di comunicare l’avvio del procedimento con le modalità di cui al comma III, dell’art. 8, l. 241/1990, va

¹⁹⁰ M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

¹⁹¹ In tal senso, TAR Marche, 11 novembre 1997, n. 44.

motivata: pertanto, è illegittima tale scelta ove l'amministrazione non indichi la particolare gravosità che deriverebbe da una comunicazione individuale.

Quanto al momento entro cui comunicare l'avvio del procedimento, la legge non stabilisce un termine. Nel silenzio della legge, si ritiene che tale adempimento vada compiuto senza ritardo e, comunque, entro un termine ragionevole tenuto conto delle circostanze. In tal senso, il Consiglio di Stato ha puntualizzato che *“il rispetto delle regole partecipative cristallizzate dalla citata legge n. 241/1990 e dalla ratio che le anima, impone che la comunicazione di avvio del procedimento venga effettuata in tempo e con modalità tali da consentire la partecipazione influente ed efficace dei soggetti interessati al processo decisionale destinato a sfociare nella determinazione finale potenzialmente lesiva”*¹⁹².

La comunicazione di avvio deve contenere una serie di elementi, di cui all'art. 8 della l. 241/1990: l'amministrazione competente, l'oggetto del procedimento; l'ufficio e la persona del responsabile del procedimento; la data entro la quale deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza; l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.

Ai fini della partecipazione al procedimento, un ruolo rilevante è assunto dall'art. 41 del d.lgs. 82/2005, secondo cui l'amministrazione, all'atto della comunicazione di avvio, *“comunica agli interessati le modalità per esercitare in via telematica i diritti di cui all'art. 10, l. 241/1990”*, e dunque i diritti relativi alla partecipazione. Occorre sottolineare che l'indicazione dell'amministrazione competente può presentare qualche problema nei casi in cui le fasi del procedimento siano di competenza di amministrazioni diverse: in tal caso, si ritiene che sia identificata non solo l'amministrazione tenuta ad emanare il provvedimento finale, ma anche quella competente a curare l'istruttoria.

¹⁹² Così, Cons. Stato, sez. V, 13/06/2012, n. 3470.

Inoltre, il Dipartimento della Funzione pubblica, con la circolare 5 dicembre 1990, n. 58307/7463, ha disposto che, oltre al nominativo del responsabile del procedimento, debba essere comunicato anche quello di chi può sostituirlo in caso di assenza o impedimento.

La comunicazione di avvio del procedimento deve essere completa, indicando tutti gli elementi citati, perché solo in tal modo può essere idonea a fornire all'interessato tutte le informazioni per poter partecipare attivamente.

2.5.3. Le deroghe all'obbligo di comunicazione

L'art. 7, l. 241/1990 afferma, nella sua massima ampiezza, il principio di trasparenza e attribuisce alla partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo valenza di principio generale dell'ordinamento: pertanto, si ritiene che eventuali disposizioni limitative siano da interpretarsi in modo restrittivo.

a. Vi sono una serie di eccezioni al dovere di comunicare l'avvio del procedimento, espresse all'art. 13, l. 241/1990: si tratta dei casi in cui l'attività della pubblica amministrazione sia diretta all'emanazione di atti normativi, atti amministrativi generali, atti di pianificazione e di programmazione, nonché ai procedimenti tributari. Per questi restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

Tale deroga trova la sua ragion d'essere nel bilanciamento tra diritto dell'interessato a partecipare al procedimento amministrativo ed esigenze di celerità dell'azione amministrativa. Tuttavia, non tutti i procedimenti che rientrano nelle tipologie elencate risultano sterilizzati dal punto di vista partecipativo. Vi sono, infatti, tra gli atti amministrativi generali, i piani attuativi di scelte discrezionali operate a monte – ad esempio, i piani di zona o di lottizzazione di iniziativa pubblica – in cui è possibile individuare subito i soggetti interessati, e dunque ricorrere all'obbligo di comunicare loro l'avvio

del procedimento¹⁹³. Invece, vanno indette apposite pubblicazioni per garantire forme di partecipazione per gli atti di carattere generale che interessano soggetti difficilmente individuabili.

L'idea è quella che l'esclusione dall'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento per gli atti di cui al primo comma dell'art. 13, l. 241/1990 è volta ad evitare duplicazioni di forme partecipative già previste in disposizioni speciali: per tale motivo, la deroga non sussiste se non è individuabile una norma speciale che garantisca una forma alternativa di partecipazione, tornando ad essere applicabile l'art. 7, l. 241/1990.

- b. Altre eccezioni all'obbligo di comunicazione di avvio riguardano il caso in cui *sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento*. Tale deroga è prevista per contemperare il principio di partecipazione con i principi di efficienza e celerità dell'azione amministrativa¹⁹⁴. Per evitare limitazioni eccessive alla partecipazione, si ritiene che non sia sufficiente un generico richiamo ad esigenze di celerità, ma che sia necessario un impedimento oggettivo, capace di compromettere l'interesse pubblico perseguito nel caso concreto¹⁹⁵.

Tali ragioni di celerità devono essere motivate adeguatamente dall'amministrazione, in relazione allo specifico procedimento pendente e al provvedimento da adottare nel caso concreto¹⁹⁶, dal momento che l'individuazione di motivi d'urgenza attiene al merito dell'azione amministrativa e la valutazione degli stessi è sindacabile sotto il profilo dell'eccesso di potere.

¹⁹³ M. A. SANDULLI, op. cit., p. 582.

¹⁹⁴ R. CARANTA, L. FERRARIS, S. RODRIGUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, 2005, p. 92.

¹⁹⁵ M. A. SANDULLI, op. cit., p. 576.

¹⁹⁶ In tal senso, Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048, il quale ha dichiarato illegittimo un procedimento espropriativo non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, dal momento che quest'ultima è indefettibilmente funzionale a postulare il contraddittorio necessario per la corretta adozione del provvedimento espropriativo.

L'amministrazione, laddove ritenga esistenti i presupposti di celerità che legittimano l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, deve dare contezza, nel provvedimento finale, dell'urgenza atteso che le ragioni di celerità devono essere poste a raffronto con le esigenze di tutela del contraddittorio, soprattutto nel caso in cui il provvedimento da adottare consista nel ritiro o nella modificazione di un atto favorevole per i destinatari con conseguente venir meno di un effetto positivo¹⁹⁷.

Col passare del tempo, la giurisprudenza ha ritenuto che per derogare all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento è necessaria una "urgenza qualificata", *tale cioè da non permettere la comunicazione dell'avvio del procedimento senza che ne risulti compromesso il soddisfacimento dell'interesse pubblico cui il provvedimento finale è rivolto*¹⁹⁸. Un'adeguata e puntuale motivazione sussiste proprio in virtù del fatto che la partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico, per cui ogni norma che limiti o escluda tale diritto va interpretata in modo rigoroso per evitare di elidere il principio stesso.

Come precedentemente affermato, le esigenze di celerità devono essere valutate in relazione allo specifico provvedimento. Tuttavia, sul punto, la giurisprudenza ha ritenuto che la deroga all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento può riguardare intere tipologie di provvedimenti caratterizzate da esigenze di celerità ed urgenza. Un esempio è rappresentato dai provvedimenti in materia di armi, i quali, per la loro natura precauzionale e preventiva per la pubblica e privata incolumità, consentono di ovviare alla comunicazione di avvio del procedimento¹⁹⁹. In particolare, è stato affermato che i provvedimenti di divieto di detenzione di armi hanno di per sé il carattere dell'urgenza e

¹⁹⁷ In tal senso, TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 26 aprile 2017, n. 2252.

¹⁹⁸ In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 09/02/2001, n. 580.

¹⁹⁹ In tal senso, TAR Campania, Napoli, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2859.

pertanto rientrano tra gli atti per cui è prevista la deroga dall'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento.

Sul tema, si è pronunciata anche la Corte Costituzionale nel 1995 con riferimento al procedimento di applicazione della misura del rimpatrio con il foglio di via obbligatorio, evidenziando come la conoscenza dell'avvio del procedimento ha *“un ruolo condizionante la validità dell'esito stesso della procedura ed è riferibile, di regola, a tutti i tipi procedimentali, tanto più quando la conclusione di essi determini un pregiudizio per il diretto interessato”*²⁰⁰. Per questa tipologia di procedimenti che incidono sul diritto costituzionalmente garantito di circolazione la Corte Costituzionale ha presupposto la non operatività della deroga relativa alle particolari esigenze di celerità del procedimento e la conseguente obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento. Tuttavia, successivamente, il giudice di merito ha ritenuto che, laddove per esigenze di sicurezza e di ordine pubblico sia necessario provvedere all'immediato allontanamento del soggetto giudicato pericoloso, l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento non sussiste, ed in tal caso l'avvio del procedimento coincide con l'emanazione del provvedimento di rimpatrio²⁰¹.

In materia urbanistica, si ritiene che i provvedimenti di demolizione delle opere edilizie abusive costruite in totale difformità del titolo edilizio o in assenza del medesimo non necessitano della comunicazione dell'avvio del procedimento e siano sufficientemente motivati con l'affermazione dell'accertata abusività dell'opera²⁰².

In ogni caso, la ricorrenza delle esigenze di celerità deve essere valutata in concreto, e ciò impone all'amministrazione una verifica circa le effettive e

²⁰⁰ Corte Cost., 31 maggio 1995, n. 210. Sull'obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento amministrativo diretto al rimpatrio con il foglio di via obbligatorio si è pronunciata anche la Corte di Cassazione pen., sez. I, 20 settembre 1999, n. 11716.

²⁰¹ TAR Sardegna, sez. I, 10 dicembre 2015, n. 1182.

²⁰² Cons. Stato, sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 4204.

peculiari ragioni che, nel caso concreto, consentono di escludere l'obbligo di comunicare agli interessati l'avvio del procedimento.

- c. Altra deroga all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento riguarda i provvedimenti cautelari. Tali provvedimenti possono essere adottati dall'amministrazione prima di eseguire la comunicazione dell'avvio del procedimento. Tuttavia, in questo specifico caso, il contraddittorio è solo differito.

Tale deroga è giustificata per il carattere urgente proprio dei provvedimenti cautelari, il quale è incompatibile con i normali adempimenti procedurali: per tale motivo, la deroga espressa dal legislatore non comporta una specifica motivazione per ogni provvedimento.

È chiaro che, nel momento in cui il procedimento riprende il suo normale corso, dopo l'emanazione del provvedimento cautelare, deve essere consentito al destinatario di poter partecipare, attraverso la comunicazione di avvio del procedimento.

Occorre, a tal proposito, affermare che l'amministrazione non è dotata di un potere cautelare generale, ma solo di poteri cautelari previsti da singole norme di settore. Pertanto, una questione si è aperta: se il legislatore abbia previsto con tale norma un potere cautelare generale ed atipico, applicabile anche in mancanza di un'espressa previsione normativa²⁰³.

La dottrina ha optato per la soluzione negativa, ritenendo che il secondo comma dell'art. 7, l. 241/1990, non ha introdotto un potere cautelare di carattere generale, ma ha operato una ricognizione, prevedendo l'esclusione dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento teso all'emanazione di misure cautelari infraprocedimentali previste da altre disposizioni di legge²⁰⁴.

²⁰³ M. A. SANDULLI, op. cit., p. 580.

²⁰⁴ In tal senso, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte*, 2005, www.giustamm.it.

Di contro, la giurisprudenza ha riconosciuto che dalla norma in esame scaturisca un più ampio potere cautelare dell'amministrazione, esercitabile in relazione a tutti i tipi di atti, purché ne ricorrano i presupposti fissati dalla legge²⁰⁵.

Altra questione che ha destato preoccupazione tra gli interpreti riguarda l'elaborazione, in via pretoria, di una serie di casi in cui la comunicazione di avvio è ritenuta superflua. In particolare, la tesi che considera la comunicazione di avvio del procedimento un adempimento rigorosamente formale della pubblica amministrazione si contrappone all'indirizzo, più recente, che attribuisce a tale istituto finalità prettamente sostanziali. Nello specifico, si esclude l'operatività dell'obbligo di previa comunicazione di avvio nei procedimenti iniziati ad istanza di parte, poiché, in tali ipotesi, questa rappresenterebbe una "mera duplicazione di formalità"²⁰⁶ in virtù dell'attuazione del principio di strumentalità delle forme ovvero del raggiungimento dello scopo. Tale impostazione continua ad essere seguita dalla giurisprudenza prevalente, nonostante il legislatore, con la novella n. 15 del 2005, abbia inserito la lettera *c-ter*) all'art. 8, che prevede la piena applicabilità della disciplina prevista in tema di comunicazione di avvio anche ai procedimenti ad istanza di parte.

Analogamente, ponendo l'accento sulla finalità sostanziale della comunicazione di avvio, la giurisprudenza non la ritiene necessaria quando il privato abbia comunque acquisito *aliunde* la conoscenza del procedimento – o, addirittura, avrebbe dovuto farlo – purché in una fase idonea a consentirgli un'effettiva partecipazione²⁰⁷.

²⁰⁵ In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 02/11/1998, n. 1560.

²⁰⁶ In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 08/06/2010, n. 3624.

²⁰⁷ In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 21/12/2010, n. 9324, secondo cui "*la determinazione di esclusione da una gara, pronunciata a ragione dell'esito negativo del riscontro del possesso dei requisiti proposti dal bando non deve essere preceduta da comunicazione di avvio del relativo procedimento, ai sensi dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241: infatti, la determinazione di esclusione non è idonea a rivestire valenza di atto di autotutela, non possedendo alcuna funzione conclusiva; essa si viene ad inserire in una sequenza procedimentale della cui pendenza il ricorrente deve giocoforza essere a conoscenza, avendo presentato apposita domanda di partecipazione: lo svolgimento degli accertamenti finalizzati a riscontrare l'effettivo possesso, in capo al concorrente provvisoriamente aggiudicatario, dei requisiti dichiarati in sede di presentazione della domanda di*

L'orientamento sostanziale degli istituti partecipativi esclude, poi, la loro applicazione tutte le volte in cui l'apporto del privato, nella fase endoprocedimentale, non possa comunque spiegare alcuna influenza concreta sul contenuto del provvedimento finale; si fa riferimento, in particolare, al caso in cui l'attività amministrativa abbia natura vincolata. In tale evenienza, l'amministrazione non effettua alcuna valutazione di carattere discrezionale, essendo tale esercizio interamente predeterminato in tutti i suoi aspetti dalla legge, di modo che l'eventuale presentazione di memorie e documenti sarebbe priva di una concreta utilità. Seguendo tale indirizzo, si è, ad esempio, esclusa la necessità del previo avviso ex art. 7, qualora l'Amministrazione operi in sede di autotutela, esercitando una potestà autoritativa vincolata, limitata alla verifica della corrispondenza tra la situazione di fatto e i presupposti richiesti dalla legge.

Secondo un'impostazione differente, invece, l'art. 7 trova applicazione anche con riferimento ai provvedimenti vincolati, potendo il soggetto destinatario dell'atto comunque collaborare con la pubblica amministrazione nell'individuazione dell'esatta interpretazione da dare alla norma da applicare, ovvero correggere, in sede procedimentale, eventuali errori materiali in cui sia incorsa l'amministrazione; in tali termini, si sottolinea la duplice funzione attribuita alle norme sulla partecipazione, difensiva ed eminentemente collaborativa, volta cioè a consentire alla pubblica amministrazione l'acquisizione di ulteriori elementi fattuali diretti ad una migliore ponderazione della situazione concreta e ad un più efficace soddisfacimento dell'interesse pubblico di cui sia portatrice²⁰⁸.

Tuttavia, di recente, il Consiglio di Stato è tornato sulla questione, ponendo l'attenzione sui principi di economicità e speditezza dell'azione amministrativa, ritenendo la comunicazione *“superflua quando l'interessato sia venuto comunque*

partecipazione, costituisce un passaggio procedimentale ampiamente conosciuto dai partecipanti, siccome delineato dal bando di gara e comunque desumibile dai principi generali”.

²⁰⁸ In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 11/05/2004, n. 2953.

a conoscenza di vicende che conducano all'apertura di un procedimento con effetti lesivi nei suoi confronti"²⁰⁹.

Il Consiglio di Stato, pur ritenendo la comunicazione di avvio del procedimento strumentale ad esigenze di conoscenza effettive e di partecipazione all'azione amministrativa da parte del cittadino, individua in maniera specifica le condizioni al ricorrere delle quali questa venga ritenuta superflua:

- quando l'adozione del provvedimento finale sia doverosa oltre che vincolata per l'amministrazione;
- quando il quadro normativo di riferimento non presenti margini di incertezza sufficientemente apprezzabili;
- quando l'eventuale annullamento del provvedimento finale, per accertata violazione dell'obbligo formale di comunicazione, non priverebbe l'amministrazione del potere o dovere di adottare un nuovo provvedimento di identico contenuto.

Il Consiglio di Stato, dunque, mostra la volontà di dare prevalenza, in materia di comunicazione di avvio del procedimento, a canoni sostanzialistici, richiamando, nell'interpretazione delle norme sulla partecipazione, il principio del raggiungimento dello scopo.

L'omissione della comunicazione di avvio del procedimento configura un'ipotesi di illegittimità, che può essere fatta valere, ai sensi dell'art. 8, quarto comma, l. 241/2001, soltanto dal soggetto "nel cui interesse la comunicazione è prevista". Ciò, a scelta del legislatore, per evitare il caducarsi del provvedimento finale, laddove sia fatto valere un vizio che abbia pregiudicato la situazione di un altro soggetto.

L'onere della prova circa l'inutilità della comunicazione di avvio del procedimento spetta all'amministrazione procedente, in quanto l'obbligo è posto a suo carico. Di conseguenza, l'amministrazione deve dimostrare che, anche laddove il privato avesse partecipato al procedimento, non avrebbe potuto fornire alcun elemento in grado di incidere sulle determinazioni della stessa.

²⁰⁹ In tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 17/09/2012, n. 4925.

Prima dell'introduzione dell'art. 21 *octies*, secondo comma, l. 241/1990, da parte dell'art. 4 della l. n. 15/2005, la giurisprudenza affermava, nel caso in cui l'amministrazione avesse ommesso di avvisare il privato dell'apertura del procedimento, violando quindi l'art. 7 l. 241/1990, che il provvedimento finale non potesse considerarsi automaticamente illegittimo, ma che toccasse al privato non avvisato provare in giudizio che, ove fosse stato posto nelle condizioni di partecipare al procedimento, avrebbe potuto introdurre utilmente nel procedimento elementi di fatto e di diritti tali da implicare, in termini di ragionevole possibilità, un'incidenza causale sul provvedimento finale²¹⁰.

Tuttavia, occorre affermare che altra giurisprudenza riteneva, invece, che *“richiedere al ricorrente di dimostrare in concreto che la partecipazione al procedimento avrebbe determinato un esito diverso, svuota la portata innovativa dell'istituto della partecipazione, dato che in tal modo si arriverebbe a rendere sempre irrilevante il motivo di ricorso”*²¹¹.

La l. n. 15/2005 ha introdotto l'art. 21 *octies*, secondo comma, il quale trova applicazione anche in caso di omissione della comunicazione. Secondo tale articolo, *“il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*. Secondo tale norma, l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento non vizia il provvedimento finale, a meno che non risulti che l'interessato avrebbe potuto indicare un fatto o evidenziare un interesse che, se acquisito al procedimento, avrebbe potuto orientare e far determinare diversamente l'amministrazione.

Tale articolo ricalca la funzione difensiva della partecipazione del privato al procedimento amministrativo, in quanto capovolge la regola secondo cui

²¹⁰ In particolare, Tar Sicilia, sez. Catania, sez. int. I, 15/04/2002, n. 624.

²¹¹ In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 29/05/2002, n. 2984.

graverebbe sul privato l'onere della prova circa il ruolo decisivo che la sua partecipazione avrebbe avuto per l'attività amministrativa²¹².

Tale norma è stata oggetto di forti critiche, dal momento che ha portato ad una dequotazione del vizio procedimentale di mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. Con l'introduzione di tale disposizione è tramontata l'idea che la partecipazione consista in una collaborazione tra privato e amministrazione, dal momento che viene considerata come un mero strumento – a tal punto, neppure necessario – di arricchimento dell'istruttoria procedimentale.

La finalità che il legislatore si è posto, attraverso l'introduzione di tale previsione, è ispirata al principio del raggiungimento dello scopo, tuttavia è pregiudizievole per il privato, dal momento che impedisce di poter nuovamente esercitare l'attività amministrativa, prevedendo una partecipazione del privato: vi è un unico possibile risultato da raggiungere.

2.6. Il preavviso di diniego

Altro istituto che assume rilevanza in termini di partecipazione al procedimento si sostanzia nella comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, disciplinato all'art. 10-*bis* l. 241/90, aggiunto dall'art. 6 l. 15/2005.

La norma dispone che *“nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda”*, e ciò *“prima della formale adozione di un provvedimento negativo”*. Le parti che ricevono tale preavviso hanno un termine di 10 giorni per presentare, per iscritto, le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

Il preavviso di diniego è espressione del principio del giusto procedimento ed è preordinato all'instaurazione del contraddittorio con l'istante, in funzione di tutela endoprocedimentale e al fine di scongiurare l'adozione di un provvedimento

²¹² G. BARONE, op.cit.

sfavorevole. Tale atto, avendo natura endoprocedimentale, non è autonomamente impugnabile.

La giurisprudenza ha riconosciuto che il preavviso di rigetto risponde all'esigenza di *“assicurare, nell'ambito del procedimento, all'atto della conclusione dell'istruttoria e prima dell'adozione del provvedimento finale, un ulteriore momento di confronto tra ufficio procedente e parte istante al fine di garantire a quest'ultima la possibilità di introdurre, nelle valutazioni finali dell'autorità, elementi idonei ad indurla a modificare le sue determinazioni”*²¹³.

Anche tale strumento appare finalizzato alla trasparenza dell'azione amministrativa, all'aumento delle garanzie endoprocedimentali e alla diminuzione del contenzioso giurisdizionale.

Attraverso l'introduzione dell'art. 10 *bis*, anche i soggetti portatori di interessi pretensivi hanno modo di partecipare all'istruttoria del procedimento, essendo oggi il sistema partecipativo previgente pensato per le esigenze di soggetti potenzialmente destinatari di provvedimenti aventi effetti per essi sfavorevoli, limitativi od estintivi di diritti soggettivi. Si può, pertanto, affermare che il legislatore ha posto rimedio alla disparità di trattamento, prima esistente, tra soggetti portatori di interessi di tipo oppositivo e soggetti portatori di interessi di tipo pretensivo²¹⁴.

In questo senso, attraverso il preavviso di rigetto, si sviluppa un vero e proprio contraddittorio sui motivi del diniego, che trova la sua ragion d'essere nell'interesse di chi ha presentato istanza: pertanto, la partecipazione dell'interessato andrà ad assolvere ad una funzione di tipo *difensivo*.

L'inserimento nel provvedimento conclusivo di motivi assenti o non integralmente esplicitati nel preavviso di rigetto frustra sul piano dell'effettività lo scopo partecipativo dell'istituto, pertanto determinerà l'illegittimità del provvedimento finale per violazione dell'art. 10 *bis*, l. 241/1990.

²¹³ In tal senso, Cons. Stato, sez. III, 02/05/2016, n. 1656.

²¹⁴ M. A. SANDULLI, op. cit., p. 642.

Nel caso in cui l'amministrazione non accolga le osservazioni, deve darne ragione nella motivazione del provvedimento finale: ciò parrebbe escludere, quindi, la motivazione nel caso in cui queste siano accolte. Tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda non possono essere adottati inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione: tale previsione è stata inserita dall'art. 9, comma 3, l. 11 novembre 2011, n. 180.

Il preavviso di rigetto interrompe i termini per concludere il procedimento, che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo.

2.6.1. Il principio di preclusione procedimentale

Il fatto che il preavviso di rigetto rappresenti un istituto partecipativo con funzioni difensive, in virtù del contraddittorio che si instaura con gli interessati e sui motivi del diniego, assume rilievo con riferimento agli effetti che debbono ricondursi alla stessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento. In primo luogo, tali effetti devono senz'altro individuarsi nel vincolare l'amministrazione ai motivi di diniego che sono stati indicati nel preavviso comunicato all'interessato: l'amministrazione, pertanto, non può fondare un eventuale provvedimento di diniego definitivo su motivi diversi rispetto a quelli su cui si è sviluppato il contraddittorio.

Su questo punto, la giurisprudenza ha affermato che, sebbene non sia richiesto *“un rapporto di identità tra il preavviso di rigetto e la determinazione conclusiva del procedimento, né una corrispondenza puntuale e di dettaglio tra il contenuto dei due atti, ben potendo la pubblica amministrazione ritenere, nel provvedimento finale, di dover meglio precisare le proprie posizioni giuridiche”*, occorre tuttavia *“che il contenuto sostanziale del provvedimento conclusivo di diniego si iscriva nello schema delineato dalla comunicazione ex art. 10-bis citato, esclusa ogni*

*possibilità di fondare il diniego definitivo su ragioni del tutto nuove*²¹⁵. Pertanto, addurre motivazioni ostantive all'accoglimento nel provvedimento finale rispetto a quelle comunicate con il preavviso di rigetto impedisce all'interessato di far valere le proprie ragioni e determina l'illegittimità del provvedimento finale per violazione dell'art. 10 bis.

Pertanto, il primo effetto giuridico che va ricondotto alla comunicazione dei motivi ostantivi all'accoglimento si deve identificare nell'operatività del *principio di preclusione*, che impone la definizione della materia del contendere nel momento dell'emanazione del preavviso di rigetto, nel quale devono essere già presenti ed individuati tutti i motivi che l'Amministrazione ritiene possano condurre al diniego del provvedimento richiesto²¹⁶.

Si tratta di un principio la cui necessità logica è stata sostenuta anche in dottrina, in particolare nella monografia di Clarich, il quale teorizza l'esistenza di un onere procedimentale sostanziale per la pubblica amministrazione di acclarare fin dal momento dell'esercizio del potere tutti i fatti costitutivi della decisione di provvedere in ordine ad una determinata situazione oggetto di potere amministrativo, sussistendo per l'amministrazione un "*obbligo di esplicitare tutte le ragioni per le quali è stato emanato o si è rifiutato di emanare un determinato provvedimento*", cui conseguirebbe una successiva e "*conseguenziale preclusione per l'amministrazione di conformare il provvedimento annullato con una motivazione o sotto profili diversi da quelli già esaminati od esaminabili prima del giudizio*"²¹⁷.

In conclusione, è possibile affermare che con il preavviso di rigetto scatta per l'amministrazione una vera e propria preclusione, che cristallizza la materia del contendere, ritenendo illegittimo il provvedimento finale che adotti un diniego per motivi differenti da quelli comunicati.

²¹⁵ In tal senso, TAR Campania, Napoli, sez. III, 12/08/2016, n. 4680.

²¹⁶ M. A. SANDULLI, op. cit., p. 646.

²¹⁷ M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, 1989, p. 115 ss.

2.6.2. Gli effetti del mancato preavviso di rigetto e il rapporto con l'art. 21-*octies*

Innanzitutto, occorre ricordare come già prima dell'introduzione dell'art. 21 *octies* nell'ordinamento la giurisprudenza amministrativa escludeva la sanzione dell'annullamento a seguito della violazione delle regole sulla partecipazione tutte le volte in cui fosse stato possibile dimostrare in giudizio che l'interessato aveva comunque acquisito *aliunde* conoscenza dell'esistenza del procedimento amministrativo che lo riguardava, tanto da essere in condizione di poter ugualmente partecipare alla procedura. Sempre la giurisprudenza amministrativa, inoltre, riteneva che la sanzione dell'annullamento dell'atto dovesse escludersi anche nei casi in cui il soggetto non avvisato non possa provare che, ove avesse potuto tempestivamente partecipare al procedimento, avrebbe potuto presentare osservazioni connotate dalla ragionevole possibilità di avere un'incidenza causale nel provvedimento finale.

Con l'introduzione dell'art. 21 *octies*, in un primo momento una giurisprudenza minoritaria ha ritenuto non applicabile la sanatoria di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, seconda parte, alla mancata comunicazione del preavviso di rigetto²¹⁸.

Tuttavia, l'orientamento maggioritario sostiene che la violazione dell'art. 10 *bis* è assimilabile all'assenza di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7, dal momento che entrambi hanno lo scopo di garantire un effettivo confronto tra amministrazione e privati prima dell'adozione del provvedimento finale²¹⁹. Pertanto, si è ritenuto che la violazione del preavviso di rigetto incida sulla validità del provvedimento finale solo qualora abbia determinato un *deficit* istruttorio, determinando l'applicabilità dell'art. 21 *octies*, allorché l'interessato abbia

²¹⁸ In tal senso, il TAR Piemonte, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 3296, ha affermato che “*la sanatoria di cui all'art. 21 octies, comma 2, seconda parte, della l. n. 241/1990, pur riguardante gli atti discrezionali, [fosse] riferibile alle sole violazioni procedurali concernenti la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, ma non anche la mancata comunicazione di cui al citato art. 10 bis*”.

²¹⁹ In tal senso, TAR Lombardia, Brescia, 20 agosto 2008, n. 862.

avuto modo, nel corso del procedimento, di venire a conoscenza delle ragioni impeditive all'accoglimento della sua istanza, confutandole efficacemente, sicché la riproposizione delle stesse risulterebbe inutile, ovvero quando le osservazioni, suggerimenti o opposizioni che l'interessato avrebbe potuto svolgere non siano connotate da una ragionevole possibilità di incidenza causale sul provvedimento; o, ancora, quando le funzioni amministrative esercitate abbiano carattere vincolato e non sussistono ragioni per le quali si possa ritenere che il contenuto del provvedimento avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato²²⁰.

2.6.3. Le questioni aperte

La norma lascia aperti una serie di interrogativi.

Innanzitutto, essa riguarda non tutti i soggetti interessati, ma solo coloro che hanno presentato istanza, sicché ciò frustra la posizione dei controinteressati sostanziali.

In secondo luogo, non vengono chiariti il contenuto della comunicazione e le modalità con cui deve essere effettuata all'istante.

Inoltre, dubbi sorgono in merito alla competenza all'emanazione del preavviso di diniego ed alla natura perentoria o meramente dilatoria del termine di dieci giorni assegnato all'interessato per presentare le sue osservazioni.

Quanto al soggetto tenuto per legge ad inviare il preavviso di rigetto, la norma prevede un'alternativa tra il responsabile del procedimento e l'Autorità competente – che, in assenza di ulteriori indicazioni, si ritiene essere l'Autorità competente all'emanazione del provvedimento finale. In questo caso, quindi, si prevale per la tesi che attribuisce la competenza al responsabile del procedimento, laddove *il rifiuto sia pregiudiziale*, cioè riguardi motivazioni emerse fin dalla fase istruttoria, e la competenza all'Autorità competente all'emanazione del provvedimento finale,

²²⁰ M. A. SANDULLI, op. cit., p. 649.

qualora *il rifiuto riguardi il merito del provvedimento richiesto*, cioè consegua ad un'istruttoria già tendenzialmente completata dal responsabile del procedimento²²¹. Quanto al termine di 10 giorni entro il quale gli istanti hanno diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni sono sorti dubbi circa la necessità di considerare perentorio il termine e non meramente ordinatorio, dal momento che sia non è prevista una sanzione di decadenza sia il termine è posto nell'interesse del soggetto che ha presentato l'istanza, pertanto si ritiene che egli possa presentare le osservazioni fino al momento in cui l'Amministrazione non comunichi il rigetto finale.

Inoltre, la disposizione non risulta coerente con il disposto di cui all'art. 20, secondo cui, ove l'amministrazione non comunichi, nei procedimenti ad istanza di parte, entro il termine di 30 giorni il provvedimento di diniego, si forma il silenzio-assenso.

Per altro verso, l'interruzione dei termini per concludere il procedimento parrebbe non ragionevole ove il privato non abbia avanzato osservazioni.

Da ultimo, non è chiaro se i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza possano essere comunicati in più occasioni dall'amministrazione, anche eventualmente dopo la considerazione delle osservazioni proposte, interrompendo ulteriormente i termini, oppure, se, per evitare un'eccessiva frammentazione della comunicazione dei motivi ostativi e un aggravio del procedimento, debba comunicare i motivi ostativi in un'unica soluzione, precludendosi ulteriori ripensamenti.

²²¹ M. A. SANDULLI, op. cit., p. 653.

2.7. Il diritto di accesso

Il diritto di accesso è da sempre stato considerato l'istituto "totemico" della trasparenza²²², a tal punto da essere la chiave della "casa di vetro" dei pubblici poteri²²³, in contrapposizione con la "democrazia dei segreti"²²⁴, e tale da renderlo mezzo necessario per garantire l'effettività dei principi costituzionali dedicati alla pubblica amministrazione²²⁵.

Nell'ordinamento italiano, la riflessione sul diritto di accesso alle informazioni pubbliche non è nata con riferimento al generale principio di essere informati (art. 21 Cost.), ma ai principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione e, più in generale, al principio democratico *sub specie* di diritto di partecipazione.

L'accesso è stato saldamente agganciato, dalla dottrina, al principio di buon andamento e al principio di pubblicità dell'azione amministrativa²²⁶, e, dalla giurisprudenza, al principio di credibilità dell'azione amministrativa²²⁷ e al principio di efficienza, intesa quale sintesi dei principi di imparzialità e buon andamento²²⁸.

La stessa Corte Costituzionale, con la sentenza del 23 gennaio 2019, n. 20²²⁹, ha riconosciuto il diritto di trasparenza quale esplicitazione del diritto di conoscere e di

²²² In tal senso, A. SIMONATI, *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2018.

²²³ In tal senso, F. TURATI, in *Atti del Parlamento italiano, Camera dei deputati, sess. 1904-1908, 17 giugno 1908, p. 22962*, il quale affermò "Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro".

²²⁴ In tal senso, M. CATANZARITI, *La democrazia dei segreti*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2018.

²²⁵ In tal senso, S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2017.

²²⁶ D. DONATI, *La trasparenza nella Costituzione*, in (a cura di) F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008, pp. 83 – 158.

²²⁷ Corte Cost., 4 maggio 2005, n. 172.

²²⁸ Corte Cost., 23 marzo 2007, n. 104.

²²⁹ La Corte Costituzionale, con tale sentenza, ha dichiarato inammissibile, per difetto di rilevanza, la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 14, comma 1-ter, d.lgs. 33/2013, non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1-bis, lett. c) dello stesso decreto e l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1-bis, lett. f), dello stesso decreto, per violazione

cittadinanza “attiva”, ovvero quale diritto di ogni cittadino di partecipare consapevolmente alla vita amministrativa: per tale motivo, il diritto di trasparenza è un diritto costitutivo dell’essere cittadino, inteso come corollario del principio democratico (art. 1 Cost.) e del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)²³⁰.

L’art. 1, comma 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, modificato dall’art. 2, comma 1, d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, definisce la trasparenza come “*accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all’attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*”.

La trasparenza, in questo senso, viene elevata a principio generale dell’ordinamento, ma mantiene pur sempre natura ancillare rispetto ai principi costituzionali riferiti alla pubblica amministrazione, e ciò anche per l’assenza di un riferimento costituzionale espresso, la c.d. *incoscienza costituzionale*²³¹.

Oltre alle ipotesi speciali di diritto di accesso relative a specifici ambiti o settori²³², la trasparenza ha avuto un’evoluzione nozionistica rivenibile nelle “tre generazioni” del diritto d’accesso di carattere generale: l’accesso documentale, l’accesso civico e l’accesso civico generalizzato.

dell’art. 3 Cost., nella parte in cui obbligava le pubbliche amministrazioni a pubblicare *on line* i dati personali sul reddito e sul patrimonio dei dirigenti pubblici diversi da quelli che ricoprono incarichi apicali.

²³⁰ V. FANTI, *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell’ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019)*, in *federalismi.it*, 2020, p. 40.

²³¹ In tal senso, S. FOÀ, *op. cit.*

²³² Le tre ipotesi di diritto di accesso di carattere speciale sono: 1) il diritto di accesso agli atti e alle informazioni degli enti locali, ex art. 7, comma 3 e 4, l. 8 giugno 1990, n. 142; 2) il diritto di accesso in materia di contratti pubblici, ex art. 53, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; 3) il diritto di accesso in materia ambientale, disciplinato dal d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195.

2.7.1. Accesso documentale

L'art. 10, comma I, lett. a), della l. 241/1990, dà il diritto ai soggetti di cui all'art. 7 e ai soggetti intervenuti ai sensi dell'art. 9 di prendere visione degli atti del procedimento.

La disciplina del diritto di accesso deve essere esaminata tenendo conto delle disposizioni introdotte dal d.lgs. 33/2013, come modificato dal più recente d.lg. n. 97/2016, emanato nell'ambito della c.d. riforma Madia in esecuzione della l. n. 124/2015.

Per “*diritto di accesso*”, ai sensi dell'art. 22, comma I, lett. a), della l. 241/1990, si intende “il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi”.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi, pertanto, si colloca tra gli istituti di partecipazione del procedimento amministrativo.

Un'attenta analisi occorre svolgere nel conflitto tra aspirazione dell'istante ad accedere ad atti contenenti informazioni di terzi e l'interesse al riserbo del titolare dei dati.

Secondo un primo orientamento, la tutela del diritto alla riservatezza del titolare dei dati sarebbe garantita attraverso la visione dell'atto, con esclusione dell'estrazione di copia²³³. Questo perché l'accedente sarebbe impossibilitato nel divulgare indiscriminatamente il contenuto dell'atto, pubblicizzandone il testo.

Tuttavia, questa tesi non regge, in quanto la mera visione del documento non garantisce una protezione efficace della riservatezza del titolare dei dati: nel momento in cui l'accedente prende visione dell'atto, le informazioni in esso presenti sarebbero rese note, così cessando di essere riservate.

Il dibattito ha oggi perso fondamento normativo, dal momento che l'esercizio del diritto di accesso consta sia della visione dell'atto, ma anche dell'estrazione della

²³³ In dottrina, G. ARENA, M. BOMBARDELLI, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, Jovene, 2006; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 1999, n. 65.

copia, ed anzi la giurisprudenza più recente ritiene che tali attività siano congiuntamente e non alternativamente utilizzabili²³⁴. E proprio l'uso della congiunzione "e" in luogo della disgiuntiva "o" depone per la possibile esperibilità di entrambi.

In seguito, occorre sottolineare che l'accesso ha una sua autonomia rispetto al procedimento, in quanto il relativo potere può essere esercitato anche a procedimento concluso e non è preordinato necessariamente alla conoscenza dei documenti amministrativi in via strumentale rispetto alla partecipazione. Per questo motivo, il diritto di accesso – riconosciuto anche a livello europeo dall'art. 15 TUE e agli artt. 41 e 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue – si collega non solo al principio di trasparenza procedimentale, ma anche al principio di trasparenza in senso lato.

Il diritto di accesso, inoltre, è autonomo rispetto al ricorso giurisdizionale: infatti, la richiesta di accesso non sospende i termini per agire.

Si distingue tra accesso endoprocedimentale, cioè esercitato all'interno del procedimento, e accesso esoprocedimentale, relativo agli atti di un procedimento concluso.

L'art. 22, della l. 241/1990, specifica chi sono gli *interessati* all'accesso: "tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso".

Il primo dato interessante è l'esclusione dei soggetti pubblici dal diritto di accesso, previsto tutt'ora, al comma 5, nella sola ipotesi di "leale collaborazione istituzionale". Tuttavia, nella precedente previsione contenuta nell'art. 22 vi era il riconoscimento della legittimazione attiva all'accesso in capo agli enti pubblici, che però è stata poi ritenuta incompatibile con le regole di celerità, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

²³⁴ Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2015, n. 1900.

Pertanto, oggi, la previsione normativa prevede la possibilità per un soggetto pubblico di rivolgere, in virtù della leale collaborazione istituzionale, domanda di ostensione della documentazione ad un'altra autorità pubblica. Tuttavia, questa possibilità pone non poche perplessità in ordine all'esigenza di proteggere adeguatamente la posizione dei titolari delle informazioni riservate, eventualmente contenute negli atti. Infatti, se la richiesta di accesso alla documentazione è presentata da soggetti privati, i controinteressati all'accesso sono coinvolti già in fase procedimentale; ciò non avviene nel caso di reciproca comunicazione "informale" tra pubbliche autorità, dove i controinteressati non solo non sono obbligatoriamente interpellati, ma addirittura potrebbero restare completamente all'oscuro dell'intera operazione²³⁵.

Pertanto, si ritiene che la previsione di cui all'art. 22, comma 5, debba essere letta in combinato disposto con gli artt. 24, comma 6, lett. *d*) e 25, comma 3, l. 241/1990, che stabiliscono che i soggetti pubblici, nel momento della reciproca trasmissione dei documenti contenenti dati riguardanti gli amministrati, devono garantire l'assunzione delle modalità operative meno lesive del diritto alla riservatezza, per esempio comunicando solo i dati indispensabili all'interlocutore, eliminando i restanti dal documento consegnato, oppure mantenendo segreti i nominativi dei soggetti coinvolti.

Altra questione che riguarda la legittimazione attiva del diritto all'accesso concerne la previsione che il diritto d'accesso può essere esercitato dai titolari di "*un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*", ed esattamente negli stessi termini si esprime l'art. 2, comma 1, del p.r. n. 184/2006, che regola le modalità di esercizio del diritto.

Un ulteriore ampliamento della legittimazione ad accedere a "chiunque" è stato operato dal d.lgs. 33/2013, di cui si parlerà più avanti.

²³⁵ A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in M. A. Sandulli, op. cit., p. 1218.

Stando a quanto stabilito dall'art. 22, comma I, lett. b), è possibile affermare che la legittimazione abbraccia un ambito di situazioni molto più ampio rispetto all'interesse legittimo e al diritto soggettivo²³⁶. Inoltre, l'interesse all'accesso rappresenta una situazione giuridica autonoma e non necessariamente coincidente con quello all'impugnativa di un provvedimento amministrativo. Tuttavia, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2012 ha affermato che, per evitare che tale strumento si traduca in una forma di azione popolare, essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata non è condizione sufficiente per esercitare il diritto di accesso, ma è altrettanto necessario che la documentazione cui si chiede di accedere sia collegata a quella posizione sostanziale: pertanto, occorre avere riguardo al documento cui si intende accedere per verificarne l'incidenza – anche potenziale – sull'interesse di cui il soggetto è portatore²³⁷.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 24, non sono ammissibili istanze di accesso preordinate a un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

Per quanto concerne i soggetti passivi del diritto di accesso, occorre leggere in combinato disposto l'art. 23 e l'art. 22, comma I, lett. e), l. 241/1990: il diritto di accesso si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi, nonché dei privati limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dall'Unione europea.

Innanzitutto, il riferimento al diritto dell'Unione europea non deve essere sottovalutato, in quanto con tale formulazione normativa è possibile ricondurre tra i soggetti passivi del diritto di accesso quegli enti che, alla luce dell'ordinamento europeo, sono qualificati come organismi di diritto pubblico.

Assume rilievo, poi, l'inciso "*limitatamente alla loro attività di pubblico interesse*", in quanto in dottrina sono sorte alcune perplessità in merito, e cioè se debba essere

²³⁶ E. CASSETTA, op. cit., p. 465.

²³⁷ E. CASSETTA, *ibidem*.

inteso esclusivamente rispetto all'operato dei soggetti privati o anche delle pubbliche autorità.

Una parte della dottrina sostiene che tale limite si applichi solo all'attività degli enti formalmente privatistici, mentre l'attività delle pubbliche amministrazioni resta sottoposta all'accesso. Ne consegue che l'attività di ostensione della documentazione resterebbe esclusa ogniqualvolta i soggetti privati esercitino l'attività nell'ambito della propria autonomia privata²³⁸.

Per altro verso, si potrebbe ritenere esercitabile l'accesso sugli atti connessi allo svolgimento dell'attività di natura autoritativa, mentre escluderlo per gli atti di diritto privato riconducibili ai soggetti sia pubblici sia privati²³⁹. Tuttavia, questa linea appare eccessivamente limitativa.

La legge, poi, si occupa della figura dei controinteressati, per i quali si intendono *“tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza”* (art. 22, comma I, lett. c), l. 241/1990). I casi di esclusione dal diritto di accesso, di cui all'art. 24, si giustificano proprio in ragione della protezione del diritto alla riservatezza dei terzi.

La giurisprudenza di merito, data la limitata ampiezza della definizione di controinteressato fornita dal legislatore, ritiene che, qualora l'istante chieda copia di documentazione per cui è prevista una qualsiasi forma di pubblicità, i soggetti indicati in essa non possono essere considerati controinteressati. Inoltre, laddove vi siano dei documenti per i quali l'ordinamento preveda espressamente la divulgazione, il diritto di riservatezza dei soggetti ivi indicati recede rispetto all'aspirazione alla conoscenza da parte della collettività²⁴⁰.

Tra i casi di esclusione dal diritto di accesso rientrano i documenti che possono incidere sulla posizione di soggetti terzi.

²³⁸ V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990 – I parte*, www.giustamm.it, 2005.

²³⁹ A. SIMONATI, op. cit., p. 1243.

²⁴⁰ TAR Napoli, Campania, sez. V, 31/07/2007, n. 7159.

La riservatezza è da tempo presidiata mediante l'istituzione di un Garante della privacy ex d.lgs. 196/2003.

La disciplina dell'accesso, di cui alla l. 241/1990, va coordinata con il d.lgs. 196/2003, ossia il “*codice in materia di protezione dei dati personali*”, che ha innovato la normativa in materia di tutela dei dati personali.

L'art. 7 del codice della *privacy* stabilisce che l'interessato ha diritto di ottenere dai soggetti pubblici la conferma che questi detengano dati personali che lo riguardano e “*la loro comunicazione in forma intelligibile*”. L'interessato, nello specifico, ha diritto di ottenere l'indicazione della provenienza dei dati personali trattati dall'ente pubblico, delle finalità e modalità di trattamento, degli estremi dei soggetti responsabili nelle operazioni di trattamento, dei soggetti cui potrebbero eventualmente essere comunicati tali dati personali.

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. b), codice della *privacy*, s'intende dato personale “*qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale*”.

Il codice della *privacy*, quindi, configura un vero e proprio diritto di accesso, che si sostanzia nel diritto di ottenere la comunicazione in forma intelligibile dei propri dati personali.

Sempre all'interno del codice, si specifica che, una volta conosciuti i dati personali e le informazioni in possesso dell'ente pubblico, l'interessato ha anche il diritto di ottenerne l'aggiornamento, la rettificazione, l'integrazione, la cancellazione, la trasformazione in forma anonima, la mera conservazione. Inoltre, ha diritto di opporsi, per motivi legittimi, al trattamento di dati che lo riguardano, nonché al trattamento finalizzato all'invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o al compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale.

Gli artt. 9 e 10 del codice specificano anche le modalità di esercizio dell'accesso, che si caratterizza per l'estrema informalità e semplificazione nelle forme di comunicazione, salvo che la richiesta di accesso sia rivolta a un esercente una

professione sanitaria o a un organismo sanitario, nel qual caso la comunicazione deve avvenire *“solo per il tramite di un medico designato dall’interessato”* o dall’organizzazione sanitaria.

Il codice della *privacy* prevede che il diritto di accesso non può essere esercitato quando l’esibizione documentale comporti anche la conoscenza di dati personali di soggetti terzi rispetto al richiedente, *“salvo che la scomposizione dei dati trattati o la privazione di alcuni elementi renda incomprensibili i dati personali relativi all’interessato”*.

Inoltre, l’art. 59 del codice della *privacy* stabilisce che *“i presupposti, le modalità, i limiti per l’esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdizionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso”* e considera le attività finalizzate all’applicazione di tale disciplina di *“rilevante interesse pubblico”*.

Stando a quanto ora esposto, è possibile riprendere il discorso relativo al rapporto tra diritto di accesso e tutela della riservatezza. Inizialmente, la legge non prevedeva alcuna partecipazione espressa del controinteressato al procedimento che si instaura a seguito della presentazione dell’istanza di accesso, tuttavia la lacuna è stata colmata grazie al d.p.r. 184/2006, che impone all’amministrazione di comunicare ai controinteressati individuati la richiesta di accesso, prevedendo inoltre che costoro possano presentare motivata opposizione alla richiesta entro il termine di dieci giorni, decorso il quale l’amministrazione provvede sull’istanza.

La posizione dei controinteressati risulta rafforzata anche dalla previsione che stabilisce che, ove si riscontri la loro esistenza in base al documento richiesto, l’amministrazione non può dar seguito alla richiesta di accesso informale, ma deve richiedere all’istante di presentare richiesta scritta.

La l. 241/1990 dispone che ai richiedenti deve comunque essere garantito l’accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per

difendere i propri interessi giuridici. L'art. 24 rinvia a un regolamento governativo per l'individuazione, tra gli altri, dei documenti sottratti all'accesso in quanto riguardanti *“la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessati epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono”*.

L'art. 24, comma 7, l. 241/1990 prevede che, nel caso di documenti contenenti dati sensibili – idonei, cioè, a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché lo stato di salute e la vita sessuale – e giudiziari – come la qualità di imputato o di indagato – l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile.

Ove poi si tratti di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, l'accesso è consentito soltanto nei limiti previsti dall'art. 60, d.lgs. 196/2003: il trattamento dei “dati supersensibili” è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile²⁴¹.

Assolutamente escluso è l'accesso ai documenti concernenti *“procedimenti selettivi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi”*.

Sotto il profilo oggettivo, il diritto di accesso riguarda i documenti amministrativi, di cui l'art. 22 fornisce un'ampia definizione: *“per documento amministrativo [si intende] ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni e non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti*

²⁴¹ E. CASSETTA, op. cit., p. 473.

attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”.

Innanzitutto, ciò che emerge è la linea seguita dal legislatore con la riforma del 2005, e quindi il fatto che non debba ravvisarsi necessariamente un legame tra il documento oggetto dell’accesso e uno specifico procedimento. Rileva, invece, lo stretto legame con l’attività di pubblico interesse, anche se formalmente compiuta in regime di diritto privato.

Alla luce dell’ampia formulazione della previsione normativa, si ritiene che la documentazione ivi indicata concerna:

- a. non solo gli atti scritti su supporto cartaceo, ma anche gli atti su supporti diversi;
- b. non soltanto i provvedimenti finali, ma anche gli atti interni o endoprocedimentali;
- c. non solo gli atti amministrativi, ma anche gli atti predisposti da soggetti privati, poi giunti in possesso della pubblica amministrazione;
- d. gli atti formati da autorità diversa da quella che fisicamente ne è depositaria.

L’istanza di accesso è rivolta all’amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente e deve essere motivata, indicando gli estremi del documento ovvero gli elementi che ne consentano l’individuazione e l’identità del richiedente.

Su questo punto, si è dibattuto su chi debba ricadere l’onere di dimostrare la detenzione del documento. Recentemente, si è escluso che sia opponibile al cittadino la circostanza dell’assenza di documenti presso il soggetto interpellato²⁴². Tuttavia, una parte della giurisprudenza minoritaria accolla al privato l’onere di dimostrare che il destinatario della richiesta realmente detenga la documentazione²⁴³.

²⁴² Cons. Stato, sez. IV, 09/05/2014, n. 2379.

²⁴³ Cons. Stato, sez. V, 15/07/2013, n. 3779.

Si ritiene, poi, escluso l'accesso agli atti detenuti dall'autorità a cui lo stesso richiedente li aveva consegnati, dal momento che ciò dimostra che questo non ha provveduto a custodire né a fare copia della documentazione²⁴⁴.

Il quadro si è notevolmente ampliato con l'introduzione dell'accesso civico, ex d.lgs. 33/2013, che prevede l'accessibilità non solo dei documenti, ma anche dei dati e delle informazioni in possesso dell'amministrazione.

Rileva osservare, inoltre, che l'art. 52, d.lgs. 82/2005, prevede la possibilità dell'accesso telematico. Lo strumento è stato valorizzato dall'art. 1, comma 30, l. 190/2012. La norma prevede che le amministrazioni, nel rispetto della disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi, hanno l'obbligo di rendere accessibili in ogni momento agli interessati, tramite strumenti di identificazione informatica, le informazioni relative ai provvedimenti e ai procedimenti amministrativi che li riguardano, ivi comprese quelle relative allo stato della procedura, ai relativi tempi e allo specifico ufficio competente in ogni singola fase.

Si distingue, poi, tra accesso informale – laddove per la natura del documento richiesto non risulti l'esistenza di controinteressati, pertanto l'istanza può essere, anche verbale, ed è rivolta all'ufficio dell'amministrazione, il quale la esamina immediatamente e senza formalità, provvedendo al suo accoglimento – e accesso formale – che va presentata ove si riscontri l'esistenza di controinteressati, ovvero non sia possibile l'accoglimento immediato della richiesta in via informale, ovvero sorgano dubbi sulla legittimazione del richiedente, sulla sua identità, sui suoi poteri rappresentativi, sulla sussistenza dell'interesse, sull'accessibilità del documento²⁴⁵. Se l'istanza è presentata ad un'amministrazione diversa da quella competente, questa deve trasmettere la domanda a quella competente, ai sensi dell'art. 6 d.p.r. 184/2006.

Se l'istanza è irregolare o incompleta, l'amministrazione deve darne comunicazione entro dieci giorni al richiedente mediante raccomandata con avviso di ricevimento

²⁴⁴ A. SIMONATI, op. cit., p. 1234.

²⁴⁵ E. CASETTA, op. cit., p. 467.

o altro mezzo idoneo ad accertare la ricezione e i termini riprendono a decorrere dalla presentazione della richiesta perfezionata.

Una volta che l'istante ha presentato domanda di accesso, l'amministrazione può:

- invitare il richiedente a presentare istanza formale, nel caso di richiesta informale non immediatamente accoglibile;
- rifiutare l'accesso, se vi è carenza di legittimazione del richiedente e della relativa motivazione, ovvero se gli atti richiesti sono sottratti all'accesso;
- differire l'accesso – e nel caso in cui si può far ricorso al potere di differimento, l'accesso non può essere negato;
- limitare la portata dell'accesso, consentendolo solo ad alcune parti del documento;
- accogliere l'istanza.

La legge stabilisce per il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso la motivazione da parte dell'amministrazione, mentre nulla è prescritto ai fini dell'accoglimento.

Se l'amministrazione rimane inerte dinanzi alla richiesta di accesso, questa si intende respinta trascorsi inutilmente trenta giorni dall'istanza.

L'art. 7 d.p.r. 184/2006 stabilisce che l'atto di accoglimento dell'istanza contiene l'indicazione dell'ufficio presso cui rivolgersi e *“un congruo periodo di tempo, comunque non inferiore a quindici giorni, per prendere visione dei documenti o per ottenerne copia”*.

In caso di accoglimento, il diritto di accesso si esercita, nel periodo indicato, mediante esame gratuito ed estrazione di copia del documento, subordinato solamente al rimborso del costo di riproduzione. L'esame dei documenti avviene presso l'ufficio indicato nell'atto di accoglimento ed è effettuato dal richiedente o da persona da lui incaricata, con eventuale accompagnamento di un'altra persona di cui vanno specificate le generalità.

L'accesso ai documenti amministrativi costituisce principio generale dell'attività amministrativa, al fine di favorirne la partecipazione e assicurarne l'imparzialità e la trasparenza.

Tuttavia, va osservato che il diritto di accesso incontra precisi limiti quando si scontra con altri rilevanti interessi tutelati dall'ordinamento, come il diritto alla riservatezza e la tutela dell'ordine pubblico.

Innanzitutto, l'art. 24 prevede che siano esclusi dall'accesso i documenti coperti da segreto di Stato e negli ulteriori casi di segreto o divieto di divulgazione altrimenti previsti. Inizialmente, l'art. 24, comma I, lett. a), - "*i documenti coperti da segreto di Stato*" – erano individuati facendo rinvio all'art. 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801 – istitutiva del S.I.S.M.I. e del S.I.S.D.E. Successivamente la normativa è stata abrogata e sostituita dalla l. 3 agosto 2007, n. 124 – "*Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*", pertanto oggi ci si riferisce ad essa.

L'art. 39 di tale legge stabilisce che sono coperti dal segreto di Stato "*gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato*", nonché "*le informazioni, i documenti, gli atti, le attività, le cose o i luoghi la cui conoscenza, al di fuori degli ambiti e delle sedi autorizzate, sia tale da ledere gravemente*" le predette finalità. Dalla lettera della legge si ricava che gli interessi che il legislatore intende tutelare attengono, da un lato, alla personalità "internazionale" dello Stato, salvaguardando la sua indipendenza e libertà nelle relazioni con l'estero, dall'altro, alla protezione della sua personalità "interna", che si traduce nel libero e corretto funzionamento degli organi costituzionali e delle istituzioni²⁴⁶.

²⁴⁶ P. ALBERTI, *I casi di esclusione dal diritto di accesso*, in M. A. Sandulli, op. cit., p. 1293.

L'art. 24, comma I, lett. a), della l. 241/1990, fa poi riferimento ai “*casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2*”.

Tale previsione comprende le ipotesi di segreto stabilite da leggi settoriali, quali il segreto d'ufficio, il segreto bancario, il segreto degli atti in materia finanziaria, il segreto industriale o scientifico, la tutela del *know-how* delle aziende.

Quanto alle ipotesi di divulgazione, occorre riferirsi ai limiti all'accesso e all'utilizzazione dei dati e delle informazioni conservate negli archivi elettronici del Centro elaborazione dati del Ministero dell'Interno istituito presso il Dipartimento della pubblica sicurezza in materia di tutela dell'ordine, della sicurezza pubblica e di prevenzione e repressione della criminalità. In questi casi l'accesso è garantito soltanto alle forze di polizia e all'autorità giudiziaria, ai fini degli accertamenti essenziali ai procedimenti in corso e nei limiti stabiliti dal codice di procedura penale.

In ogni caso è vietata la circolazione e utilizzazione delle informazioni anche all'interno dell'amministrazione.

In ragione dell'esigenza di garantire interessi ritenuti prevalenti rispetto alla trasparenza dell'azione amministrativa, il legislatore ha sottratto all'accesso gli atti sulla base di una valutazione effettuata *ex ante*.

Ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. b), il diritto di accesso è escluso “*nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano*”.

La disposizione in commento va raccordata con l'esclusione dei procedimenti tributari dall'applicazione dei principi generali in materia di partecipazione al procedimento amministrativo, *ex art. 13, l. 241/1990*.

Tuttavia, occorre sottolineare che con l'introduzione dello Statuto dei diritti del contribuente (l. n. 212/2000) ha reso oggi smisurata la previsione di tale esclusione dall'accesso, dal momento che lo Statuto ha introdotto disposizioni in tema di accesso agli atti del procedimento, tra cui l'art. 6 che stabilisce che

l'amministrazione finanziaria “*deve assicurare l'effettiva conoscenza da parte del contribuente degli atti a lui destinati*” o l'art. 12 che prevede per il contribuente sottoposto a verifiche fiscali il diritto ad essere informato delle ragioni che le giustificano e quale sia il loro oggetto. Le previsioni contenute nello Statuto gettano le basi per un nuovo rapporto tra cittadino e Fisco, paritario e collaborativo. Il che rende ancora più incomprensibile il fatto che si continui ancora a porre limitazioni alla posizione del contribuente rispetto a quanto è riconosciuto agli altri soggetti interessati nell'ambito del procedimento amministrativo.

Ai sensi dell'art. 24, comma I, lett. c), il diritto di accesso è escluso nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta “*all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione*”. L'accesso sarà possibile una volta che il provvedimento finale sia stato formato: in questo caso, quindi, si ha differimento e non esclusione dell'accesso.

Il Consiglio di Stato ha affermato che “*trattandosi di procedimenti con destinatari non determinati e astrattamente illimitati, finalizzati ad incidere su interesse collettività, per essi non può ammettersi un diritto di estrazione di copia che rischierebbe, attesa la potenziale moltitudine di richiedenti, di vanificare il correlato e paritario principio costituzionale di buon andamento, nei suoi contenuti precettivi dell'azione amministrativa di economicità, celerità ed efficacia*”²⁴⁷.

In ogni caso, le pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 24, comma 2, sono tenute a individuare le categorie di atti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1.

L'art. 24, comma 6, rinvia a un regolamento governativo di delegificazione per l'individuazione dei casi di esclusione dell'accesso per esigenze di tutela della sicurezza, della difesa nazionale, della politica monetaria e valutaria, dell'ordine pubblico; quando i documenti riguardano la contrattazione collettiva nazionale di lavoro, oppure la vita privata o la riservatezza di persone fisiche e giuridiche.

²⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 31/07/2009, n. 4838.

Si ritiene che, in mancanza di una disciplina regolamentare, il criterio generale è quello della libera conoscibilità degli atti.

Mentre per il Governo è la legge a specificare i casi in cui tale organo può sottrarre all'accesso documenti amministrativi, per quanto riguarda le singole amministrazioni è demandato loro di individuare le categorie di documenti inaccessibili in relazione ai casi di esclusione di cui al comma 1.

Le altre ipotesi di esclusione dall'accesso attengono alla tutela del diritto alla riservatezza, già analizzata in precedenza, e riguardano:

- i documenti concernenti i procedimenti selettivi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi;
- i documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, accessibili solo nei limiti in cui sia strettamente indispensabile;
- i documenti riguardanti lo stato di salute e la vita sessuale, accessibili soltanto nei limiti di cui all'art. 60 del d.lgs. 196/2003.

La l. 241/1990, sulla falsariga dell'ordinamento francese, ha introdotto presso la presidenza del Consiglio una Commissione per l'accesso ai documenti, nominata con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio dei ministri e presieduta dal sottosegretario di Stato alla presidenza del Consiglio.

La scelta di introdurre tale figura trova una sua giustificazione nella rilevanza che il legislatore ha inteso attribuire al diritto di accesso.

La Commissione, a seguito della riforma avvenuta con l'art. 47-*bis*, comma 1, l. n. 98/2013, è formata di 11 componenti: due senatori e due deputati (designati dai Presidenti delle rispettive Camere), quattro fra i magistrati e gli avvocati dello Stato (designati dai rispettivi organi d'autogoverno), uno tra i professori di ruolo in materia giuridica-amministrativa (designati dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca), il capo della struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri che svolge il supporto organizzativo per il funzionamento della Commissione (Capo del Dipartimento per il coordinamento amministrativo).

La nomina dei membri della Commissione viene effettuata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio stesso.

La Commissione dura in carica tre anni, ad eccezione dei componenti parlamentari, per i quali è prevista una nuova nomina in caso di scadenza o scioglimento anticipato delle Camere nel corso del triennio.

Il compito centrale della Commissione è la vigilanza circa l'attuazione del principio di piena conoscibilità dell'azione amministrativa. La Commissione ha il compito, una volta valutate le informazioni in suo possesso, di agire in termini propulsivi, al fine di individuare ed indicare gli strumenti operativi più idonei e le condotte da tenere da parte delle singole pubbliche amministrazioni.

Inoltre, la Commissione redige una relazione annuale sulla trasparenza. Quest'ultima si pone come momento di raccordo tra Amministrazione, Parlamento e Governo: infatti, questi tre soggetti, sulla base delle risultanze dell'analisi svolta dalla Commissione, sono chiamati ad intraprendere tutte le azioni necessarie affinché venga incrementato il livello di trasparenza dell'apparato pubblico.

Oltre ai compiti di vigilanza e di referto annuale, la Commissione può, inoltre, proporre al Governo modifiche dei testi legislativi e regolamentari utili alla realizzazione di una più ampia garanzia del diritto di accesso. Tuttavia, questa facoltà è assai ridotta, in quanto limitata alla sola disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi, con esclusione degli istituti connessi più in generale alla trasparenza dell'agire pubblico.

Dall'analisi dell'accesso documentale è possibile affermare che, seppur si tratti di un accesso "più in profondità a dati permanenti"²⁴⁸, il suo rapporto con la trasparenza è stato ridimensionato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha modificato in senso restrittivo gli interessati all'accesso documentale. Pertanto, l'accesso documentale è stato inteso in una prospettiva *difensiva*, strettamente connesso ad una situazione giuridica soggettiva qualificata del richiedente e all'esistenza di un "documento" amministrativo in senso tecnico, nonché

²⁴⁸ S. FOÀ, op. cit., p. 79.

caratterizzato da limiti tassativi. Tale circostanza è confermata anche dall'esistenza del divieto di controllo generalizzato dell'attività dell'amministrazione.

Vi è stato, quindi, un indebolimento del principio di trasparenza, dal momento che l'accesso documentale non mira a soddisfare la dimensione collettiva, *generalizzata*, della partecipazione: “una *feritoria* nelle mura del segreto – finalizzata alla tutela dei diritti individuali – piuttosto che la costruzione di una *casa di vetro*”²⁴⁹.

2.7.2. Accesso civico

La seconda tappa dell'evoluzione della nozione di *trasparenza* è avvenuta con l'approvazione della legge 4 marzo 2009, n. 15. Con tale legge il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare misure di riforma del lavoro pubblico, indicando, tra gli obiettivi da raggiungere, la garanzia della trasparenza nell'organizzazione del lavoro e l'introduzione di sistemi di valutazione del personale e delle strutture, idonei a consentire anche agli organi politici di vertice l'accesso diretto alle informazioni relative alla valutazione del personale dipendente²⁵⁰.

Il Governo, con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, c.d. *Riforma Brunetta*, ha dato attuazione alla delega legislativa, valorizzando la trasparenza quale strumento per valutare e misurare la *performance* e i risultati dell'amministrazione attraverso “*forme diffuse di controllo nel rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità*” (art. 11, comma 1).

Con la Riforma Brunetta, l'oggetto della trasparenza non è più il procedimento, il provvedimento e i documenti amministrativi, ma le informazioni relative

²⁴⁹ P. MILAZZO, *L'istituto-simbolo della trasparenza amministrativa in Italia: il diritto di accesso alle informazioni detenute dall'amministrazione. Tra evoluzione normativa tumultuosa, dubbi interpretativi ed incertezza di tutela*, *indess.uca.es*, 2019, p. 4.

²⁵⁰ A. M. PORPORATO, *Il “nuovo” accesso civico introdotto dalla riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Rivista quadrimestrale di scienze dell'Amministrazione*, 2014.

all'organizzazione, alla gestione e all'utilizzo delle risorse finanziarie, strumentali e umane.

Quanto agli strumenti per la sua realizzazione, tale Riforma individua, non nel diritto d'accesso, ma nella previsione degli obblighi di pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni di tutte le informazioni concernenti l'attività, l'organizzazione e l'impiego delle risorse, la modalità di garanzia della trasparenza più efficace.

In tal modo, la trasparenza muta la sua finalità: da mezzo per garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive diviene strumento per consentire l'esercizio di un controllo diffuso dell'operato dell'amministrazione pubblica²⁵¹.

Sulla scia di tale mutamento, la legge 6 novembre 2012, n. 190, recante *“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*, delega il Governo ad adottare misure volte a riordinare gli obblighi di pubblicità, trasparenza, diffusione delle informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

Nell'ottica di una maggiore trasparenza e garanzia del libero accesso, il Governo emana il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

Gli obblighi di trasparenza sono adempiuti attraverso la pubblicazione dei dati e delle informazioni relative nel sito istituzionale di ogni singola amministrazione, all'interno della nuova sezione denominata *“Amministrazione trasparente”*. Si ha dunque un passo netto verso l'*open government*. Ai sensi dell'art. 3, comma I, *“tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici”* e, ai sensi dell'art. 7, comma I, *“chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente e di utilizzarli e riutilizzarli”*.

Il legislatore, al fine di vigilare sugli adempimenti di pubblicazione, ha previsto l'istituzione della figura del Responsabile della trasparenza, il cui compito è quello di aggiornare il Programma triennale per la trasparenza e l'integrità e di segnalare all'organo di indirizzo politico, all'Organismo indipendente di valutazione (OIV),

²⁵¹ A. M. PORPORATO, op. cit.

all’Autorità nazionale anticorruzione e, nei casi più gravi, all’ufficio di disciplina, le fattispecie di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione. Nel d.lgs. 33/2013 si stabilisce, inoltre, che non vi è solo una forma di pubblicità obbligatoria, in quanto le amministrazioni, ai sensi dell’art. 4, possono disporre la pubblicazione di atti, documenti e informazioni per i quali non vige un obbligo di pubblicazione.

Con riferimento al raccordo tra la disciplina prevista dalla l. 241/1990 e quella di cui al d.lgs. 33/2013, il Consiglio di Stato ha chiarito che l’obbligo di pubblicazione degli atti di cui al d.lgs. 33/2013 vale “*con riferimento agli atti amministrativi (oggetto di domanda di accesso) formati successivamente alla sua entrata in vigore e pertanto per gli atti formati anteriormente continua ad operare il principio del divieto del controllo generalizzato*”²⁵².

Infatti, l’obbligo di pubblicazione dei provvedimenti comporta il venir meno del principio del divieto di controllo generalizzato sull’operato della pubblica amministrazione, dal momento che è ormai l’amministrazione stessa obbligata alla pubblicazione dei propri documenti, in virtù del d.lgs. 33/2013.

Una novità rilevante è rappresentata dal fatto che la richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, riconosciuta a *chiunque*.

L’istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione. Può essere trasmessa per via telematica alternativamente all’ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti, all’Ufficio relazioni con il pubblico, ad altro ufficio indicato dall’amministrazione nella sezione “Amministrazione trasparente” del sito istituzionale, al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ove l’istanza abbia ad oggetto dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria.

²⁵² Cons. Stato, sez. IV, 02/02/2016, n. 385.

Il rilascio di dati o documenti in formato elettronico o cartaceo, inoltre, è gratuito, salvo il rimborso del costo effettivamente sostenuto dall'amministrazione per la riproduzione su supporti materiali.

Ad eccezione dei casi di pubblicazione obbligatoria, laddove l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso individua soggetti controinteressati, è tenuta a dare comunicazione agli stessi, mediante invio di copia con raccomandata con avviso di ricevimento o per via telematica. Entro dieci giorni dalla ricezione della comunicazione, i controinteressati possono presentare una motivata opposizione alla richiesta di accesso.

Il procedimento di accesso civico deve concludersi con provvedimento espresso e motivato nel termine di trenta giorni dalla presentazione dell'istanza con la comunicazione al richiedente e agli eventuali controinteressati.

In caso di accoglimento dell'istanza, l'amministrazione provvede a trasmettere tempestivamente al richiedente i dati o i documenti richiesti, ovvero, nel caso in cui l'istanza riguardi dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria, a pubblicare sul sito i dati, le informazioni o i documenti richiesti e a comunicare al richiedente l'avvenuta pubblicazione dello stesso, indicandogli il relativo collegamento ipertestuale. Dell'accoglimento dell'istanza l'amministrazione deve darne comunicazione anche al controinteressato, ove abbia presentato opposizione, e provvede nel termine di quindici giorni dalla ricezione della comunicazione da parte del controinteressato a trasmettere i dati o i documenti al richiedente.

Il controinteressato, in caso di accoglimento dell'istanza, può presentare richiesta di riesame e ricorso al difensore civico.

In caso di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine di legge, il richiedente può presentare richiesta di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, che decide con provvedimento motivato entro venti giorni. Se l'accesso è stato negato o differito per tutelare gli interessi di cui all'art. 5-bis, comma 2, lett. a) – cioè la protezione dei dati personali, la libertà e segretezza della corrispondenza, gli interessi

economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali – il suddetto responsabile provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia nel termine di dieci giorni dalla richiesta. A decorrere dalla comunicazione del Garante, il termine per l'adozione del provvedimento da parte del responsabile è sospeso, fino alla ricezione del parere del Garante e comunque per un termine non superiore ai predetti dieci giorni.

In ogni caso, avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale.

Laddove si tratti di atti delle regioni o degli enti locali, il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, che si pronuncia entro trenta giorni dalla presentazione del ricorso. Se il difensore civico ritiene illegittimo il diniego o il differimento, ne informa il richiedente e lo comunica all'amministrazione competente. Se quest'ultima non conferma il diniego o il differimento entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico, l'accesso è consentito. In ogni caso, anche il difensore civico provvede sentito il Garante per la protezione dei dati personali, se il diniego o il differimento sono stati previsti a tutela degli interessi di cui all'art. 5-bis, comma 2, lett. a).

La legge individua precisi limiti ed eccezioni all'accesso civico. Ai sensi dell'art. 5-bis, l'accesso è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di taluni interessi pubblici (inerenti a sicurezza pubblica e ordine pubblico, sicurezza nazionale, difesa e le questioni militari, relazioni internazionali, politica e stabilità finanziaria ed economica dello Stato, conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento, regolare svolgimento di attività ispettive) o privati (protezione dei dati personali, libertà e segretezza della corrispondenza, interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali).

Se i limiti riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti.

In ogni caso, l'accesso civico non può essere negato ove, per la tutela degli interessi di cui all'art. 5-*bis*, si possa far ricorso al potere di differimento.

Inoltre, il diritto di accesso è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, l. 241/1990.

Una speciale disciplina è posta con riferimento all'accesso per fini scientifici ai dati elementari raccolti per finalità statistiche. Tale accesso è consentito a condizione che sia richiesto da ricercatori appartenenti a università, enti di ricerca e istituzioni pubbliche o private o loro strutture di ricerca, inseriti nell'elenco redatto dall'autorità statistica dell'Unione europea (Eurostat) o che risultino in possesso dei requisiti richiesti dallo stesso decreto; che sia sottoscritto, da parte di un soggetto abilitato a rappresentare l'ente richiedente, un impegno di riservatezza specificante le condizioni di utilizzo dei dati, gli obblighi dei ricercatori, i provvedimenti previsti in caso di violazione degli impegni assunti, nonché le misure adottate per tutelare la riservatezza dei dati; che sia presentata una proposta di ricerca e che la stessa sia ritenuta adeguata.

Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento a quanto sopra espresso ed in ogni caso, è possibile per l'interessato presentare istanza di riesame al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e ricorso al difensore civico, ove si tratti di atti delle amministrazioni regionali o locali.

Infine, delicati problemi sorgono in relazione al coordinamento tra l'accesso civico che esorbita dagli obblighi di comunicazione e l'accesso documentale.

Innanzitutto, la principale differenza attiene al fatto che mentre il diritto di accesso documentale richiede che l'istante abbia uno specifico interesse, il diritto di accesso civico si configura come un diritto a titolarità diffusa, potendo essere attivato "*da chiunque*", e quindi non è sottoposto ad alcuna limitazione in termini di

legittimazione soggettiva del richiedente. In secondo luogo, l'istanza di accesso civico, a differenza dell'accesso documentale, “*non richiede motivazione*”. Diversa è, poi, la finalità: mentre l'accesso civico è preordinato ad un controllo diffuso dell'*agere* amministrativo, nell'accesso documentale non è prevista una forma di controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

Altra differenza attiene al binomio quantità/qualità: l'accesso documentale permette un accesso più in profondità, e dunque qualitativamente migliore; l'accesso civico, invece, consente una maggior quantità di visione di documenti, includendo anche le informazioni e i dati, ma “meno in profondità”. E dunque, “più qualità nell'accesso documentale; più quantità e meno qualità nell'accesso generalizzato”²⁵³.

Diversi sono i limiti: infatti, i casi che giustificano un rifiuto dell'accesso civico sono più ampi rispetto a quelli che consentono di rigettare l'istanza di accesso documentale. Ove operino tali limiti – relativi agli interessi pubblici e privati da tutelare – all'interessato residuerà la possibilità di attivare l'accesso documentale, partendo dal presupposto che tendenzialmente il soggetto interessato opterà per l'accesso civico, data la non necessarietà della motivazione e la possibilità riconosciuta a chiunque.

2.7.3. Accesso civico generalizzato

La trasparenza amministrativa ha acquistato nuovo slancio e prospettive innovative con l'approvazione della l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. *Legge Madia*).

Con l'art. 7, della Legge Madia, si è delegato il Governo ad adottare un o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del d.lgs. 33/2013, sulla base di una serie di principi e criteri espressamente elencati. Fra questi, di rilevanza vi è quello di cui alla lett. h) dell'art. 7, comma I, ai sensi del quale “*fermi restando gli obblighi di pubblicazione, riconoscimento della libertà di informazione attraverso*

²⁵³ S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, Milano, p. 79.

il diritto di accesso, anche per via telematica, di chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti, ai dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, salvi i casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dall'ordinamento e nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati, al fine di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo di risorse pubbliche”.

In attuazione della delega, il Ministro per la semplificazione e la Pubblica Amministrazione ha proposto uno schema di decreto legislativo in materia di trasparenza (11 febbraio 2016), poi confluito nel d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 (anche detto “*Decreto trasparenza*”).

Tale decreto contiene degli elementi di profonda innovazione in tema di trasparenza amministrativa, obblighi di pubblicazione e diritto di accesso civico.

Innanzitutto, quanto alla trasparenza, l'art. 2 del decreto ha modificato l'art. 1, comma 1, d.lgs. 33/2013, prevedendo che lo scopo della trasparenza non si sostanzia solo in forme di controllo diffuso dell'azione amministrativa, ma che garantisca anche forme di accessibilità totale, in funzione della tutela dei diritti fondamentali, in particolare delle “libertà individuali e collettive”, dei “diritti civili, politici e sociali”, del diritto ad una buona amministrazione e alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino. Pertanto, l'accesso civico diventa lo strumento principale per garantire la conoscenza della documentazione in possesso della pubblica amministrazione.

Il decreto trasparenza, pertanto, ha ampliato la possibilità dell'accesso, introducendo l'accesso civico generalizzato, anche detto FOIA (*Freedom of information act*).

A tal proposito, la dottrina ha affermato che i modelli di democrazia liberale, improntati sul sistema del FOIA, rappresentano un paradigma che persegue tre scopi: *accountability*, *participation* e *legitimacy*²⁵⁴. Il diritto di accessibilità totale,

²⁵⁴ M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. dir. amm.* N. 8-9, 2013.

dunque, garantisce un controllo diffuso dell'operato amministrativo, previene forme di corruzione, permette una più consapevole partecipazione dei cittadini alle scelte di politica pubblica e rinsalda la legittimazione della pubblica amministrazione.

Restano ferme, tuttavia, quanto all'accesso, le ipotesi di esclusione previste a tutela di interessi pubblici e privati e del segreto di Stato e delle ipotesi di divieto di accesso o divulgazione previsti dalla legge. Tra gli interessi privati rientrano gli *interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica* (art. 5 bis, comma 2, lett. c), su cui si sono pronunciate le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che ha chiarito che tale previsione include negli interessi economici e commerciali tre specifici ambiti di tutela collegati con l'interesse generale di garantire il buon funzionamento delle regole di mercato e della libera concorrenza (proprietà intellettuale, diritto d'autore e segreti commerciali), ma non si esaurisce in questi²⁵⁵. I casi di possibile rifiuto dell'accesso civico generalizzato coinvolgono un numero maggiore di interessi rispetto a quelli richiamati per l'accesso documentale. A tal proposito, la dottrina ritiene eccessivamente generiche le limitazioni, col rischio di un'ampia discrezionalità in capo all'amministrazione quanto al rifiuto della richiesta di accesso²⁵⁶.

Una integrazione importante che il d.lgs. 97/2016 ha introdotto al d.lgs. 33/2013 riguarda l'obbligo di conclusione del procedimento di accesso civico con un provvedimento espresso e motivato.

Altra correzione importante ha riguardato la possibilità di riesame amministrativo, su richiesta di parte, prima del ricorso al tribunale amministrativo regionale (art. 5, comma 7, d.lgs. 33/2013).

Va evidenziato, poi, l'aspetto sanzionatorio: il nuovo articolo 46 d.lgs. 33/2013 ha previsto che i casi di rifiuto, differimento e limitazione dell'accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 5-bis, costituiscono elemento di valutazione

²⁵⁵ Linee Guida ANAC Delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

²⁵⁶ D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.lgs. n. 33/2013*, 2 marzo 2016, federalismi.it.

della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e comunque sono valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale dei responsabili.

L'accesso civico è stato, poi, reso gratuito, nel caso in cui vi sia il mero esame del documento, mentre è previsto un rimborso del costo di produzione nel caso di estrazione di copia.

2.7.4. Considerazioni conclusive

L'accesso documentale, l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato, pur volti ad implementare il principio di trasparenza, non sono sovrapponibili e si differenziano profondamente: mentre l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato sono istituti volti alla tutela di interessi di portata *collettiva*, l'accesso documentale risponde ad interessi di natura *individuale*²⁵⁷.

Con l'accesso civico e l'accesso civico generalizzato, in particolare nell'ottica dell'ampliamento della legittimazione soggettiva a *chiunque*, la trasparenza segna il passaggio da una conoscibilità come eccezione alla conoscibilità generalizzata come regola e diventa un'estrinsecazione del principio di partecipazione.

Quanto al rapporto tra accesso e partecipazione, si è affermato che “*l'ordinamento italiano ha riconosciuto la libertà di accedere alle informazioni in possesso delle pubbliche amministrazioni come diritto fondamentale*” e che “*l'accesso generalizzato mira a rafforzare il carattere democratico dell'ordinamento, promuovendo un dibattito pubblico informato e un controllo diffuso sull'azione amministrativa*”²⁵⁸. Pertanto, la principale novità dell'accesso civico generalizzato risiede nel carattere promozionale della partecipazione. Ad esso può attribuirsi

²⁵⁷ A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in Dir. Amm., n. 3, 2017, pp. 607 ss.

²⁵⁸ Circolare n. 2/2017 del Ministero dello sviluppo economico indirizzata alle pubbliche amministrazioni avente ad oggetto l'Attuazione delle norme sull'accesso civico generalizzato, cit.

quella rilevanza processuale volta a “*favorire la trasparenza del processo decisionale, arricchire le basi conoscitive e decisionali e accrescere il consenso su di esso da parte dei destinatari*”²⁵⁹.

Nonostante la portata innovativa dell’accesso civico generalizzato, il legislatore non ha chiarito diverse questioni: innanzitutto, l’individuazione del contenuto da assegnare all’espressione “*pregiudizio concreto*”, poi la necessità di una interpretazione restrittiva dei limiti dell’accessibilità, nonché la questione del sindacato giurisdizionale sulla decisione dell’amministrazione.

Tutto ciò rischia non solo di rendere poco effettiva la finalità promozionale partecipativa dell’accesso civico generalizzato, ma anche di falsare la rappresentazione della composizione dei conflitti nelle decisioni amministrative²⁶⁰.

2.8. Il diritto di presentare documenti e memorie e l’istruttoria pubblica

Ai sensi dell’art. 10, l. 241/1990, “*I soggetti di cui all’articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell’art. 9 hanno diritto:*

- a) *di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall’art. 24*²⁶¹;
- b) *di presentare memorie scritte e documenti, che l’amministrazione ha l’obbligo di valutare ove siano pertinenti all’oggetto del procedimento”*.

Il diritto di presentare memorie scritte e documenti è uno tra i diritti partecipativi più importanti.

Per effettuare l’intervento nel procedimento, salvo disposizioni specifiche relative a singoli procedimenti, previste da leggi e regolamenti di settore, ovvero dalla

²⁵⁹ A. CAUDURO, op. cit., p. 614.

²⁶⁰ A. CAUDURO, op. cit., p. 623.

²⁶¹ *Supra*, Paragrafo 2.7. Il diritto di accesso.

comunicazione di avvio del procedimento, non vi è un termine, ma si ritiene ammissibile fino all'adozione della scelta finale.

Per garantire un'effettiva partecipazione è necessario che gli apporti dei privati siano utili, cioè vengano presi in considerazione fin dalle fasi iniziali della valutazione dell'amministrazione e non quando le scelte finali siano ormai definite. Per questo motivo, l'interessato deve essere messo a conoscenza del procedimento fin dal momento del suo avvio, o comunque in una fase che non sia avanzata, altrimenti risulterebbero eluse le finalità partecipative e di trasparenza che l'istituto mira a raggiungere.

La partecipazione contemplata dall'art. 10, comma 2, riguarda la presentazione di memorie scritte e documenti o in possesso dell'interessato o provenienti da terzi, ma comunque tali da supportare la rappresentazione dei suoi interessi.

Occorre precisare che, secondo quanto previsto dall'art. 3, d.lgs. 179/2016 (*“Chiunque ha il diritto di usare le soluzioni e gli strumenti di cui al presente codice [dell'amministrazione digitale] nei rapporti con i soggetti di cui all'art. 2, comma 2, anche ai fini della partecipazione al procedimento amministrativo”*), l'invio di memorie e documenti in via telematica è da preferire.

Forme di contraddittorio orale non sono contemplate come modalità generale di partecipazione all'interno dell'ordinamento, anche se già Nigro, in *Il procedimento amministrativo*, aveva auspicato l'introduzione dell'istituto dell'istruttoria pubblica per l'adozione di atti amministrativi generali di pianificazione e di programmazione²⁶².

Nuove modalità di partecipazione sono state previste in alcune leggi di settore: in particolare, l'art. 22, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha introdotto il dibattito pubblico come modalità partecipativa nell'ambito dei procedimenti che riguardano progetti

²⁶² M. A. SANDULLI, op. cit., p. 625: Nigro sosteneva che l'introduzione dell'istruttoria pubblica era necessaria per garantire una partecipazione quanto più diffusa e penetrante e che ciò avrebbe arricchito notevolmente il patrimonio di conoscenze di fatti e interessi acquisibile dall'amministrazione procedente.

relativi a grandi opere infrastrutturali e di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio²⁶³.

Anche la l. 7 agosto 2015, n. 124, recante “*Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*” ha affermato la necessità che la partecipazione si estenda a forme di più ampia consultazione: nello specifico, all'art. 2, in materia di conferenza di servizi, si è prevista la “*ridefinizione dei tipi di conferenza, anche al fine di introdurre modelli di istruttoria pubblica per garantire la partecipazione anche telematica degli interessati al procedimento, limitatamente alle ipotesi di provvedimenti di interesse generale, in alternativa a quanto previsto dall'art. 10 della legge 7 agosto 1990, n. 241*”. Tuttavia, la previsione non ha avuto seguito, dal momento che il decreto non ha introdotto alcuna istruttoria pubblica né altre forme di partecipazione al procedimento alternative a quelle di cui alla legge 241/1990.

Alcune forme di istruttoria pubblica sono state previste in alcuni Comuni italiani, tra cui il Comune di Bologna. L'istruttoria pubblica è prevista per la promozione degli istituti di partecipazione e per la valorizzazione delle forme di consultazione dei cittadini. Può essere indetta nei procedimenti di elaborazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, su proposta della Giunta, o di due Capigruppo del Consiglio Comunale o di un terzo dei consiglieri o di un Consiglio di quartiere, ovvero su richiesta di 2000 persone titolari del diritto di partecipazione. S'intendono titolari del diritto di partecipazione i cittadini iscritti nelle liste elettorali del Comune di Bologna; i residenti nel Comune, non ancora elettori, che abbiano compiuto il 16° anno di età; i cittadini non residenti, ma che nel Comune esercitano la loro attività prevalente di lavoro o di studio (attività che può essere certificata dall'interessato; gli stranieri e gli apolidi residenti nel Comune di Bologna o che comunque vi svolgano la propria attività prevalente di lavoro e studio. L'istruttoria pubblica può, inoltre, essere indetta da un Comitato promotore composto da non meno di venti cittadini.

²⁶³ *Infra*, Paragrafo 2.11. Il dibattito pubblico.

La richiesta, scritta e motivata, è indirizzata al Sindaco e al Presidente del Consiglio e deve essere sottoscritta da almeno 2.000 persone e consegnata presso gli uffici individuati di volta in volta per le singole istruttorie. Il responsabile del procedimento, verificata la regolarità delle firme, presenta il fascicolo con la richiesta di istruttoria pubblica al Presidente del Consiglio Comunale per la decisione circa la sua indizione. Dopo l'esecutività della delibera consiliare di ammissione dell'istruttoria, ne viene dato avviso pubblico tramite manifesto o pubblicazione su almeno due quotidiani, di cui uno a carattere locale.

La prima seduta si tiene entro due mesi dalla pubblicazione dell'avviso stesso. Le sedute si svolgono nella forma di pubblico contraddittorio e si tengono nella sala del Consiglio Comunale, presiedute dal Presidente del Consiglio comunale. Di ogni seduta viene redatto un verbale.

Al termine dell'ultima seduta, il Presidente del Consiglio Comunale redige una relazione che, trasmessa al Consiglio Comunale, viene acquisita come base del dibattito relativo all'oggetto dell'istruttoria.

Tornando al diritto di intervento nel procedimento, l'apporto della partecipazione del privato è ammesso senz'altro nell'attività discrezionale, dove svolge la finalità di apportare interessi nuovi da valutare nell'ambito del procedimento, ma può essere utile anche nell'attività discrezionale, dove, invece, ha la finalità di ausilio per la miglior individuazione della sussistenza dei fatti e dei presupposti che devono essere valutati al fine di provvedere.

La dottrina, per questo motivo, ha ritenuto che la partecipazione dei privati dovesse essere consentita anche in seno alla conferenza dei servizi e fino alla decisione finale²⁶⁴. A tal proposito, il d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, recante "*Norme per il riordino della disciplina della conferenza di servizi*" ha previsto la partecipazione dei privati in vista dell'adozione della determinazione conclusiva della conferenza di servizi semplificata.

²⁶⁴ A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2006, p. 230 ss.

La presentazione di memorie scritte è, poi, prevista anche in materia di accordi ex art. 11, l. 241/90: infatti, attraverso la configurazione di un modello “negoziale” di partecipazione, il privato può presentare una controproposta, ovvero una proposta alternativa di decisione²⁶⁵.

In dottrina si sostiene che l’effetto di presentazione delle memorie sia causativo, in quanto produce per l’amministrazione un obbligo di analisi e di motivazione qualificata²⁶⁶.

Quanto alla presentazione di documenti, essa può svolgere sia una funzione probatoria rispetto a quanto affermato nella memoria scritta sia integrativa rispetto a quanto depositato precedentemente: a quest’ultima funzione si collega l’art. 6 che obbliga il responsabile del procedimento a indicare all’interessato eventuali documenti mancanti, consentendo l’integrazione del materiale documentale a disposizione dell’amministrazione.

Occorre, però, escludere che la presentazione di documenti costituisca un’ipotesi di inversione della prova dei fatti principali costitutivi del potere: l’amministrazione deve comunque reperire d’ufficio, ai fini della propria decisione, la documentazione, ed il privato, attraverso la presentazione dei documenti, introduce argomenti favorevoli ai fini del rilascio del provvedimento.

La presentazione di memorie e documenti comporta uno specifico onere di valutazione per l’amministrazione, che “aggrava” l’onere motivazionale di cui all’art. 3, l. 241/1990.

La prima verifica che svolge l’amministrazione consiste nella verifica dell’ammissibilità delle memorie e dei documenti. In tal caso, opera una distinzione tra giudizio di pertinenza, che riguarda la mera valutazione dell’ammissibilità degli atti di partecipazione in riferimento all’oggetto del procedimento, e giudizio di rilevanza, relativo all’attitudine delle asserzioni presentate ad influire sulle scelte finali dell’amministrazione. Il primo giudizio opera nella fase iniziale della

²⁶⁵ *Infra*, Paragrafo 2.9. Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione.

²⁶⁶ DE LUCIA, *I profili strutturali*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, (a cura di) V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, p. 145 ss.

procedura, il secondo viene effettuato all'atto dell'emanazione del provvedimento finale.

Sempre in questa sede, l'amministrazione verifica la sussistenza della legittimazione a intervenire dell'interessato, in particolare nell'ipotesi in cui intervengano soggetti che non hanno ricevuto la comunicazione di avvio e non sono, quindi, parti necessarie.

La giurisprudenza, inoltre, ha affermato che il privato non può presentare all'infinito nuove memorie e l'amministrazione non ha l'obbligo di dar luogo a tutte le deduzioni presentate dall'interessato quanto queste creerebbero un *vulnus* all'efficienza dell'azione amministrativa²⁶⁷.

Una volta che l'amministrazione acquisisce le memorie e i documenti, questi entrano a far parte del materiale istruttorio e l'amministrazione deve tenerne conto nella motivazione del provvedimento finale. Pertanto, la motivazione del provvedimento deve contenere, oltre l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che hanno determinato la decisione, anche la valutazione degli apporti forniti dal privato, con l'esternazione delle specifiche ragioni che eventualmente ne abbiano determinato la reiezione. Il provvedimento finale che non reca alcuna motivazione in relazione alle memorie e documenti presentati dal privato si considera illegittimo.

Tuttavia, a dequotare il peso della motivazione ha contribuito l'art. 21 *octies*, prevedendo una sanatoria in caso di violazione dell'obbligo di motivazione specifica sulle memorie presentate, laddove la garanzia violata sia meramente formale.

2.9. Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione

L'art. 11 della l. 241/1990 disciplina gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento stipulati tra privati e pubblica amministrazione. Tali moduli

²⁶⁷ TAR Puglia, Lecce, sez. II, 25/05/2006, n. 3080.

decisionali consensuali, rispetto a quelli tradizionali unilaterali, costituiscono uno dei possibili esiti della partecipazione al procedimento e tendono, nell'apertura di dialoghi costruttivi, ad una "democraticità effettiva".

Tali accordi sono collegati all'accoglimento di osservazioni e proposte, ex art. 10: se la parte interessata formula vere e proprie proposte, l'amministrazione procedente sarà tenuta a scegliere tra l'alternativa della stipula dell'accordo o della tradizionale via unilaterale.

Sono legittimati a stipulare l'accordo i diretti interessati, cioè coloro che sono in grado di disporre dell'interesse dedotto, fermo restando che possono essere ricompresi anche i soggetti di cui all'art. 7 e all'art. 9 della l. 241/1990.

Gli accordi integrativi sono accordi endoprocedimentali destinati a riversarsi in un provvedimento finale. Esso è ammissibile solo ove il provvedimento sia discrezionale.

La stipula di un accordo integrativo fa sorgere un vincolo tra le parti: l'amministrazione è tenuta ad emanare un provvedimento che sia compatibile con l'accordo. In caso contrario, il giudice amministrativo potrà ordinare alla pubblica amministrazione di provvedere.

Il provvedimento non è revocabile, se non nella parte che corrisponde all'accordo, potendosi esercitare il potere di recesso.

Gli accordi sostitutivi, invece, eliminano la necessità di emanare un provvedimento, pur tuttavia sono soggetti ai medesimi controlli previsti per quest'ultimo.

Le norme in materia di accordi mirano sì a favorirne l'utilizzo, ma anche ad evitare che questi possano costituire un'elusione dei vincoli dell'azione amministrativa. Pertanto, il comma 1 *bis* dell'art. 11 sancisce che il responsabile del procedimento predisporre un calendario di incontri con tutte le parti del procedimento e il comma 4 *bis* dell'art. 11, l. 241/1990, a garanzia del buon andamento e dell'imparzialità, richiede che la stipulazione di un accordo tra amministrazione e privati sia preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

Tali accordi devono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga diversamente. Devono, inoltre, essere motivati e le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione sono riservate alla giurisdizione esclusiva.

L'amministrazione può recedere unilateralmente dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, *“salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato”*. L'interesse pubblico, che consente il recesso unilaterale dall'accordo, deve essere sopravvenuto, quindi non è sufficiente, ai fini della legittimità del recesso, una rinnovata e differente valutazione dell'interesse pubblico²⁶⁸.

Occorre, però, affermare che il recesso unilaterale non esclude la possibilità per i privati di apportare dei correttivi, seguendo i criteri richiesti per la stipula dell'accordo²⁶⁹.

Gli accordi, una volta stipulati, sono immutabili, salvo che non sopravvengano fatti nuovi che comportino un pericolo per la causa dell'accordo e il suo vincolo funzionale. L'unica alternativa è rappresentata dalla rinegoziazione, se vi è volontà delle parti, che permette di correggere l'assetto mutato degli interessi o di rimettere al centro il pubblico interesse.

Oltre a ciò, vi è anche la possibilità di uno scioglimento consensuale dell'accordo e di stipularne un altro nel caso in cui il mutamento sia insormontabile.

Attraverso la stipula di tali accordi il privato assume la qualità di “co-decisore”, che porta ad una conseguenza positiva in termini di deflazione del contenzioso. Inoltre, salvo il caso dei sopravvenuti motivi di interesse pubblico, l'assetto negoziale rimane nella disponibilità delle parti, le quali hanno la facoltà di procedere a rinegoziazioni dello stesso.

²⁶⁸ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, ult. ed., pp. 608 ss.

²⁶⁹ M. A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 663.

2.9.1. I limiti alla stipulazione degli accordi

L'art. 11, primo comma, pone due limiti, a tenore dei quali gli accordi vanno conclusi:

- a. *senza pregiudizio dei diritti dei terzi;*
- b. *in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse.*

Il primo limite costituisce una “clausola di salvaguardia”, apposta ordinariamente agli atti di natura concessoria e/o autorizzatoria che possono avere effetti rispetto a soggetti terzi. Quindi, l'accordo è da considerarsi “ottimale” nel momento in cui non reca pregiudizio ai terzi, perché ciò significa che “si è pervenuti ad una sistemazione complessiva degli interessi presenti nel corso del procedimento senza che alcuno abbia subito nocumento o pregiudizio”²⁷⁰.

Quanto detto conduce a due considerazioni: innanzitutto, si tratta di accordi di tipo pubblicistico e non privatistico, altrimenti sarebbe sorto un problema di opponibilità²⁷¹, e, in secondo luogo, rileva come gli accordi ricerchino una stabilità e definitività in relazione all'assetto di interessi.

Il secondo limite riguarda, invece, la causa prima dell'accordo, che appunto è rappresentata dal perseguimento dell'interesse pubblico, in virtù del quale non è possibile stipulare accordi che conducano a scelte ed obiettivi differenti.

2.9.2. La qualificazione degli accordi e il rinvio ai principi del codice civile

Una problematica dibattuta in dottrina riguarda la natura dei due tipi di accordi, e cioè se siano da qualificare come contratti o come atti di diritto pubblico.

Quanto alla possibile qualificazione di tali accordi come contratti, le perplessità in ordine a tale soluzione riguardano sia la circostanza che i negozi in esame hanno ad

²⁷⁰ F. TIGANO, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M. A. Sandulli, op. cit., p. 661.

²⁷¹ *Infra*, Paragrafo 1.19.2. “La qualificazione degli accordi”.

oggetto l'esercizio del potere sia l'incompatibilità del regime a cui sono assoggettati con il modello civilistico del contratto²⁷².

L'esercizio del potere dà luogo all'emanazione di atti o di accordi, mentre se la pubblica amministrazione agisce in via non autoritativa è soggetta alle norme di diritto privato di cui all'art. 1, l. 241/1990.

L'amministrazione, nella stipulazione dell'accordo, è strettamente vincolata all'interesse pubblico da perseguire, così come nel caso in cui receda unilateralmente da questo: l'interesse pubblico diventa quindi elemento definitorio dell'accordo – mentre nel contratto è irrilevante la qualificazione come pubblico dell'interesse perseguito dall'amministrazione – e l'istituto della revoca è inconciliabile con l'idea del contratto.

La rilevanza dell'interesse pubblico consente di qualificare l'accordo come atto appartenente al diritto pubblico, la cui stipulazione è preceduta da un'attività pubblica dell'amministrazione e da un'attività del cittadino che rimane privata, ma non comporta alcuna "privatizzazione" dell'atto finale.

Si può concludere, quindi, per la natura pubblica dell'accordo.

Ulteriore profilo problematico riguarda il rinvio alle norme del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. L'art. 11, secondo comma, afferma che "*si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*".

Il rinvio alle norme del codice civile incontra un duplice limite:

- a. opera ove non diversamente previsto;
- b. si deve trattare di disposizioni comunque compatibili con la disciplina degli accordi.

Questa duplice limitazione è posta, in virtù di quanto sopra affermato, e cioè della natura pubblica dell'accordo.

Le problematiche riguardano l'individuazione delle norme del codice civile compatibili che possono trovare applicazione.

²⁷² E. CASSETTA, op. cit., p. 606.

Nella fase delle trattative trovano applicazione le disposizioni sulla buona fede e sulla diligenza (artt. 1173, 1175 e 1176 c.c.), ma anche le disposizioni in tema di responsabilità del debitore (art. 1218 c.c.).

Per quanto concerne le norme di principio, è possibile richiamare le disposizioni generali in materia di formazione del contratto (artt. 1321, 1322, 1326, 1328 e 1329 c.c.), così come in materia di causa, oggetto e forma (artt. 1343 ss. c.c.). Tuttavia, si ritiene non estendibile la disciplina in tema di condizione, perché tale elemento accidentale potrebbe risultare pregiudizievole per il vincolo funzionale dell'accordo.

Trovano, poi, applicazione le norme sulle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.) e sull'incapacità delle parti (art. 1425 c.c.).

Ulteriore applicazione trovano le norme in tema di risoluzione in caso di inadempimento (art. 1453 c.c.) e in tema di diffida ad adempiere, importanza dell'inadempimento, termine essenziale, eccezione di inadempimento e mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti (artt. 1454, 1455, 1457, 1460 e 1461 c.c.), così come le norme in materia di impossibilità sopravvenuta (art. 1463 c.c.) ed eccessiva onerosità (artt. 1467 ss. c.c.).

Di recente, la Cassazione ha ritenuto ammissibile l'estensione del rimedio dell'esecuzione forzata in forma specifica ex art. 2932 c.c. in sede di giurisdizione esclusiva, in virtù dei principi di effettività della tutela e del giusto processo²⁷³.

2.10. Partecipazione negli enti locali: consultazione, istanze, petizioni, proposte, referendum, azioni popolari, diritto di accesso ed informazione dei cittadini

La partecipazione dei cittadini alla vita democratica coinvolge non solo il livello ordinamentale generale, ma anche quello speciale, e ciò è rinvenibile nella previsione di forme di partecipazione popolare all'interno degli statuti comunali.

²⁷³ Cass. civ., SS. UU., 09/03/2015, n. 4683.

Innanzitutto, si deve premettere che la realtà comunale, rispetto alla più grande dimensione delle Regioni e dello Stato, è quella che maggiormente consente di realizzare forme di “condivisione” tra cittadini ed amministrazioni, in quanto i Comuni presentano un numero di popolazione non elevato.

In secondo luogo, in ordine al tema della partecipazione, occorre distinguere con chiarezza gli istituti di partecipazione popolare dagli istituti di partecipazione del procedimento amministrativo, di cui alla l. 241/1990. Tale distinzione è stata posta in essere con l’entrata in vigore del TUEL, in quanto, in precedenza, con la l. 142/1990 e la l. 265/1999, gli strumenti di partecipazione popolare e quelli inerenti la partecipazione all’attività amministrativa venivano ricondotti negli stessi articoli di legge²⁷⁴. In tal senso, l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato si era espressa in relazione allo schema del testo unico, indicando la necessità di scindere in modo netto i due gruppi di istituti²⁷⁵.

La principale differenza è che la partecipazione al procedimento amministrativo riguarda il singolo in quanto espressione di un proprio interesse nel rapporto con l’amministrazione; mentre la partecipazione popolare comporta la partecipazione della collettività riguardo alle decisioni da assumersi in sede amministrativa. In quest’ultimo senso, la partecipazione riguarda la comunità, quindi sussiste un

²⁷⁴ A. PATANÈ, *Percorsi deliberativi per la partecipazione nei Comuni: spunti dal quadro normativo*, academia.edu, 2014, p. 74.

²⁷⁵ A tal proposito, il Consiglio di Stato nell’Adunanza Generale (parere n. 4/2000), in merito alla necessità di separare i due istituti, aveva affermato “*Nella norma sono inseriti due gruppi di disposizioni eterogenee; le disposizioni di cui ai primi due commi ed al sesto comma disciplinano l’istituto dell’azione popolare, con riferimento da ultimo ad una specifica applicazione in materia di risarcimento del danno ambientale; le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 disciplinano i diversi istituti della pubblicità dell’azione amministrativa e dell’accesso ai documenti. L’eterogeneità della disciplina in questione, accentuata dall’interpretazione giurisprudenziale della legge n. 241/1990 che ha svincolato il diritto di accesso dall’originaria connotazione popolare dello schema Nigro, imporrebbe di mantenere nell’ambito dell’attuale art. 8 i soli commi 1, 2 e 6 con il titolo “Azione popolare e delle associazioni di protezione ambientale”, mentre i commi 3, 4 e 5 potrebbero trovare una collocazione naturalmente autonoma in un articolo successivo (che si numerava convenzionalmente, in via puramente indicativa, come art. 8 bis) dal titolo “Diritto di accesso e d’informazione”.*”

interesse diffuso e generale, dal momento che le decisioni assunte avranno conseguenze non solo sulla vita del singolo, ma anche della collettività.

Secondo quanto affermato in dottrina, la partecipazione popolare è identificabile come “il complesso d’istituti che consentono alla comunità di prendere parte all’attività di formazione delle politiche pubbliche che la riguardano, attraverso un’espressione diretta e non mediata dalla volontà popolare”²⁷⁶.

Una volta chiarita la distinzione tra i due modelli partecipativi, occorre analizzare quanto previsto all’interno del TUEL.

Ai sensi dell’art. 8, comma I, t.u. n. 267/2000, rubricato “*Partecipazione popolare*”, “*I comuni, anche su base di quartiere o di frazione, valorizzano le libere forme associative e promuovono organismi di partecipazione popolare all’amministrazione locale. I rapporti di tali forme associative sono disciplinati dallo statuto*”. Assume rilievo, in tema di partecipazione, la disciplina introdotta dalla legislazione in materia di autonomie locali e dalle leggi regionali, che prevede modalità partecipative finalizzate al maggior coinvolgimento della cittadinanza locale nell’adozione di scelte rilevanti per la collettività. Ciò avviene attraverso istruttorie pubbliche, consultazioni, referendum, e quindi con strumenti aperti ed informali, idonei ad anticipare quanto possibile il momento della partecipazione rispetto alla decisione finale.

Innanzitutto, tale norma è da ritenersi in armonia col dettato costituzionale, in quanto si configura come mezzo utile per la valorizzazione delle organizzazioni sociali (art. 2 Cost.), in vista di una migliore qualità nella soddisfazione dei bisogni collettivi e in un’ottica di buon andamento ed imparzialità dell’amministrazione (art. 97 Cost.).

Occorre, poi, sottolineare che il cambiamento principale rispetto alla precedente formulazione della norma, ex art. 6 l. 142/1990, è stato l’utilizzo del termine *popolare*: in tal modo, si è eliminata la limitazione posta dal termine *cittadini*. Il nuovo enunciato è così conforme a quanto previsto dalla legge di ratifica della

²⁷⁶ A. ROMANO, *L’azione amministrativa*, Giappichelli, 2016, p. 130.

Convenzione di Strasburgo del 5 febbraio 1992 sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica locale²⁷⁷.

La differenza tra valorizzazione delle forme associative e promozione di organismi di partecipazione risponde all'intento del legislatore sia di dare valore ad aggregazioni già esistenti, siano esse associazioni di categoria, organizzazioni di volontariato, associazioni a tutela di interessi diffusi sia di promuovere nuove forme di partecipazione. Con la locuzione "*organismi di partecipazione*" non ci si riferisce esclusivamente alle circoscrizioni, che sono perlopiù organi comunali di decentramento, ma anche ai forum cittadini e associazioni, alle conferenze di servizi e alle consulte²⁷⁸.

Ai sensi del comma II, dello stesso articolo, "*Nel procedimento relativo all'adozione di atti che incidono su situazioni giuridiche soggettive devono essere previste forme di partecipazione degli interessati secondo le modalità stabilite dallo statuto, nell'osservanza dei principi stabiliti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241*".

A tal proposito, lo statuto deve prevedere:

- a. forme di consultazione della popolazione;
- b. procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte dei cittadini singoli o associati.

Lo statuto regionale, pertanto, deve inizialmente prevedere ed indicare le modalità attraverso cui il Comune si rivolge ai cittadini ai fini della consultazione su temi di svariata natura attinenti alle materie amministrative e comunque di competenza dell'ente locale. In secondo luogo, lo statuto deve disciplinare anche come vengono acquisite le istanze, le petizioni, le proposte di singoli o associati, indicando anche i requisiti che i cittadini devono possedere ai fini della presentazione delle proposte, il numero delle firme necessario per l'ammissione delle istanze, i tempi per l'approvazione e l'organo preposto.

²⁷⁷ Legge 8 marzo 1994, n. 203.

²⁷⁸ R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, CEDAM, 2006, p. 59.

Tipica forma di partecipazione popolare è il referendum: infatti, ai sensi del comma III e IV, “3. *Nello statuto devono essere previste forme di consultazione della popolazione nonché procedure per l’ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi e devono essere, altresì, determinate le garanzie per il loro tempestivo esame. Possono essere, altresì, previsti referendum anche su richiesta di un adeguato numero di cittadini.* 4. *Le consultazioni e i referendum di cui al presente articolo devono riguardare materie di esclusiva competenza locale e non possono avere luogo in coincidenza con operazioni elettorali provinciali, comunali e circoscrizionali.* 5. *Lo statuto, ispirandosi ai principi di cui alla legge 8 marzo 1994, n. 203, e al decreto legislativo 25 luglio 1999, n. 286, promuove forme di partecipazione alla vita pubblica locale dei cittadini dell’Unione europea e degli stranieri regolarmente soggiornanti”.*

Il referendum è uno strumento attraverso cui il corpo elettorale viene chiamato ad esprimersi su di un determinato quesito. Il voto è espresso manifestando il consenso o il dissenso su di una determinata proposta, pertanto è uno degli strumenti che maggiormente influisce sull’attività dell’amministrazione locale.

Nel silenzio della legge, si ritiene che in ambito locale siano ammissibili referendum abrogativi, propositivi e deliberativi.

Il referendum consultivo ha “lo scopo di ottenere dal corpo elettorale un pronunciamento formale su una determinata proposta al fine di fornire all’amministrazione un ulteriore strumento di valutazione sull’opportunità o meno di adottare un determinato provvedimento”²⁷⁹. L’esito non vincola giuridicamente la decisione finale dell’amministrazione.

Il referendum propositivo ha l’obiettivo di rendere manifesta l’opinione della collettività circa l’opportunità di instaurare un procedimento volto all’adozione di un determinato provvedimento. In tal senso, sono atti di impulso del procedimento.

²⁷⁹ R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, op. cit., p. 61.

Nei referendum deliberativi o approvativi, invece, la collettività approva un provvedimento già formalmente adottato dall'amministrazione.

L'istanza, invece, è volta a dare impulso all'amministrazione ad adottare un provvedimento prettamente amministrativo: nello specifico, il fine è quello di sollecitare l'intervento dell'amministrazione comunale nell'adozione di un provvedimento attraverso una richiesta scritta; pertanto, si caratterizza per il rapporto di collaborazione che si instaura tra amministrazione e richiedenti²⁸⁰.

La petizione, invece, è anch'essa una richiesta che i cittadini rivolgono all'amministrazione, ma si caratterizza per essere volta a dare un impulso politico. La petizione ha origine da una necessità di carattere generale da parte della collettività, che viene presentata e posta all'attenzione dell'organo politico dell'ente locale.

Novità importante è rappresentata dal comma V dell'articolo in esame, secondo cui *“Lo statuto, ispirandosi ai principi di cui alla legge 8 marzo 1994, n. 203, e al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, promuove forme di partecipazione alla vita pubblica locale dei cittadini dell'Unione europea e degli stranieri regolarmente soggiornanti”*.

Secondo il capitolo B della Convenzione di Strasburgo del 5 febbraio 1992, ratificata con la l. n. 203/1994, lo Stato si impegna a compiere *“sforzi effettivi [...] per associare i residenti stranieri alle inchieste pubbliche, alle procedure di pianificazione e agli altri processi di consultazione sulle questioni locali”* e *“a) vigilare affinché nessun ostacolo legale o di altra natura impedisca alle collettività locali [...] di creare organi consultivi o di adottare altre disposizioni appropriate a livello istituzionale per: provvedere ai collegamenti tra esse ed i predetti [stranieri] residenti; fornire un'istanza per il dibattito e la formulazione delle opinioni [...] sui temi della vita politica che li concernono da vicino; promuovere la loro integrazione generale nella vita della collettività; b) incoraggiare ed agevolare la costituzione di determinati organismi consultivi o l'attuazione di altre*

²⁸⁰ A. PATANÈ, op. cit., p. 75.

adeguate disposizioni a livello istituzionale al fine di una adeguata rappresentanza dei residenti stranieri nelle collettività locali [...]”.

Secondo quanto affermato dall’art. 2 d.lgs. n. 286/1998, sull’immigrazione, “*lo straniero regolarmente soggiornante partecipa alla vita pubblica locale*” e gode dello stesso trattamento del cittadino “*nei rapporti con la pubblica amministrazione e nell’accesso ai pubblici servizi*”.

Con tale previsione all’interno del testo unico si elimina ogni dubbio circa la legittimità dell’ampliamento della sfera dei soggetti interessati dalle forme di partecipazione popolare²⁸¹.

Rilevanti sono le normative in tema di partecipazione introdotte in alcune regioni italiane.

Prima tra tutti si ricorda la l. della Regione Emilia Romagna 9 febbraio 2010, n. 3, “*Norme per la definizione, riordino e promozione delle procedure di consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*”, che disciplina la possibilità per i cittadini di avviare dei progetti di partecipazione, che terminano con un documento di proposta partecipata. Tale documento deve essere preso in considerazione dalle autorità decisionali nelle delibere finali: infatti, laddove le delibere si discostino dal documento di proposta partecipata, le autorità decisionali devono darne adeguata motivazione nel provvedimento stesso.

Oltre a ciò, la legge istituisce un Tecnico di garanzia in materia di partecipazione, con funzioni di organizzazione, consulenza, mediazione e valutazione, a sostegno delle iniziative partecipative.

Ulteriore esempio è rappresentato dalla l. della Regione Toscana 2 agosto 2013, n. 46, “*Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*”. Tale legge mira a promuovere il principio di sussidiarietà orizzontale attraverso un coinvolgimento diretto dei cittadini residenti e di tutte le persone che lavorano, studiano o soggiornano nel territorio e che hanno interesse al territorio stesso. La legge, ai sensi dell’art. 3,

²⁸¹ R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, op. cit., p. 63.

istituisce, inoltre, un'Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione, e stabilisce, ai sensi degli artt. 7 e ss., gli interventi, i progetti e le opere da sottoporre obbligatoriamente a dibattito pubblico in virtù della loro incidenza sull'ambiente, sul territorio, sul paesaggio, sulla società e sull'economia²⁸².

Altre forme di consultazione e partecipazione sono state previste negli statuti di varie Città Metropolitane, tra cui, si ricorda, lo statuto della Città metropolitana di Milano, il cui Titolo II è interamente dedicato agli istituti di partecipazione ed in cui si prevede, all'art. 8, l'istruttoria pubblica per i procedimenti di formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale.

Occorre osservare che i comuni e le province possono introdurre forme di istruttoria pubblica orale e aperta a tutti gli interessati, nell'ambito della quale l'amministrazione può raccogliere elementi rilevanti. Questo strumento è utile soprattutto nel caso di procedimenti destinati a sfociare in atti amministrativi di carattere generale: tuttavia, tale riferimento, contenuto nel testo elaborato dalla Commissione Nigro, è stato eliminato dalla versione definitiva della l. 241/1990, la quale ha optato per l'esclusione di tali procedimenti dall'applicazione della disciplina sulla partecipazione.

Lo stesso art. 139, d.lgs. 42/2004, dà la possibilità alle regioni di indire un'inchiesta pubblica, in relazione ai procedimenti di formazione degli elenchi di beni ambientali ai fini della dichiarazione di notevole interesse pubblico, in particolare con riferimento alla procedura VIA, dal d.lgs. 152/2006²⁸³.

Il modello legislativo previsto dal TUEL ha l'obiettivo di garantire la massima libertà all'ente locale di disciplinare liberamente gli strumenti e le forme di partecipazione dei cittadini. Per questa ragione, al di là delle previsioni del TUEL, sono gli statuti la fonte più significativa per osservare come la partecipazione ha preso corpo nei Comuni.

²⁸² M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, II Edizione, Milano, 2017, p. 634.

²⁸³ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, ult. ed., p. 456.

In particolare, nelle norme statutarie di alcuni Comuni, quali Firenze, Milano, e Roma, si trovano brevi riferimenti di “principio” in merito agli istituti di partecipazione, che poi non trovano però un organico completamento riguardo al loro effettivo funzionamento: in particolare, si pone la “partecipazione” dei cittadini come elemento centrale, a cui non segue una disciplina di dettaglio all’altezza delle aspettative create dai riferimenti ai principi della partecipazione come elemento fondante dell’ente locale²⁸⁴.

Gli strumenti partecipativi maggiormente previsti in tali statuti sono l’iniziativa popolare, cioè petizioni e istanze, e il referendum consultivo. In tali statuti, si prevede, in osservanza al TUEL, la possibilità di poter presentare istanze o petizioni all’amministrazione e al consiglio comunale²⁸⁵. È, inoltre, prevista la possibilità di presentare una proposta di delibera al consiglio. In attuazione del comma IV, dell’art. 8, TUEL, il referendum consultivo è disciplinato in modo omogeneo in tutti i differenti statuti comunali presi in considerazione.

Lo statuto del Comune di Firenze si differenzia in quanto prevede, agli artt. 96, 97 e 97 bis, l’istituzione “*delle Consulte del consiglio delle donne e del consiglio delle cittadine e dei cittadini stranieri e apolidi*”. Nello specifico, la Consulta del consiglio delle donne, formata da persone individuate dal consiglio comunale, “*promuove il ruolo della donna nella società, valorizza il fare e il sapere femminile in tutte le sue forme, sostiene la pari opportunità nel lavoro, promuove interventi contro la violenza sessuale*”, mentre la Consulta del consiglio delle cittadine e dei cittadini stranieri e apolidi rappresenta, invece, solamente un “*organo consultivo della giunta e del consiglio comunale*”.

Un caso che merita di essere citato riguarda il Comune di Napoli, il quale ha deliberato nel 2012 l’istituzione del laboratorio “*Napoli costituente dei beni comuni*”²⁸⁶, con l’obiettivo di costruire nuovi modelli di partecipazione democratica “*attraverso consultazioni, incontri con le comunità, i comitati civici,*

²⁸⁴ A. PATANÈ, op. cit., p. 77.

²⁸⁵ Comune di Firenze, art. 99; Comune di Milano, art. 9; Comune di Roma, art. 8.

²⁸⁶ Delibera del consiglio comunale di Napoli n. 8 del 18 aprile 2012.

la cittadinanza attiva". L'idea è stata anche quella di istituire ed organizzare "un sistema assembleare avente come obiettivo quello di essere un organo propositivo, consultivo e di espressione di istanze partecipative della cittadinanza, ma anche di indirizzo generale e di verifica della realizzazione delle iniziative di partecipazione, in cui il cittadino, sia come singolo individuo, sia in forma organizzata ed associata, è chiamato a manifestare direttamente le sue idee per la città di Napoli". Tale sistema ha portato alla creazione di Consulte per la gestione dei beni comuni. L'obiettivo è quello di garantire che "Le proposte, le istanze e i suggerimenti emersi nel lavoro delle "consulte" vengono restituiti alle strutture amministrative centrali ovvero decentrate del Comune di Napoli, a seconda delle competenze, per consentirne l'approfondimento e la valutazione in funzione dell'elaborazione degli strumenti amministrativi necessari per dare concreta attuazione all'agenzia locale". Tale risultato sarà raggiunto, in termini di democrazia partecipativa, solo nel caso in cui verrà garantita l'autonomia di organizzazione e di stesura delle proposte.

Altro esempio di una maggiore apertura verso forme di partecipazione, riguarda il Comune di Bologna, il quale ha adottato nel 2014 il "Regolamento sulla collaborazione tra cittadini ed amministrazioni per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani"²⁸⁷. Tale regolamento permette ai cittadini di partecipare alla cura dei "beni comuni" – ivi definiti come "beni, materiali, immateriali e digitali, che i cittadini e l'Amministrazione [...] riconoscono essere funzionali al benessere individuale e collettivo". In particolare, la possibilità per i cittadini di prendersi cura attivamente di tali beni avviene attraverso uno strumento giuridico, c.d. patto di collaborazione, stipulato tra cittadino promotore e amministrazione.

Un esperimento che merita di essere portato all'attenzione riguarda il Progetto SpeDD (Sperimentazione di Percorsi di Democrazia Deliberativa) realizzato a Novara. L'obiettivo è quello di "sperimentare a Novara un programma coordinato di interventi volti a promuovere la partecipazione dei cittadini alle scelte e alle

²⁸⁷ *Infra*, Capitolo IV - I regolamenti per i beni comuni e i patti di collaborazione.

azioni collettive attraverso i metodi propri della democrazia deliberativa. Attraverso la promozione di un dibattito pubblico e informato sui processi decisionali istituzionali, il progetto persegue una maggiore consapevolezza dei partecipanti, lo sviluppo del senso critico e della riflessività collettiva e la conseguente realizzazione di percorsi di sviluppo locale capaci di trasformare, attraverso processi comunicativi argomentati e inclusivi, le preferenze individuali in soluzioni concrete e condivise". La volontà di realizzare un esperimento di democrazia deliberativa, attraverso il dibattito pubblico, nasce dall'istanza della cittadinanza presente sul territorio e interessata a dialogare su problematiche locali risolubili sia attraverso decisioni da assumersi in sede di amministrazione locale sia mediante iniziative attivate dalla cittadinanza.

2.10.1. La materia urbanistica (cenni)

La legge n. 1150/1942 rappresenta ancora oggi l'unica legge urbanistica italiana. Essa introdusse la c.d. *pianificazione a cascata*, cioè un sistema gerarchicamente ordinato di regolazione del territorio, al cui vertice si colloca il *Piano Territoriale di Coordinamento*, non obbligatorio, che comprende una zona pressappoco corrispondente con le attuali Regioni. Tale Piano svolge una funzione di gestione del territorio, in particolare individuando i principali interventi infrastrutturali e destinazioni d'uso.

Su scala comunale, la legge colloca il *Piano Regolatore Generale*, con funzione di prescrizione, imponendo sul territorio le zone territoriali omogenee e i vincoli di lottizzazione.

E, infine, alla base della piramide, si trova il *Piano Attuativo*, il quale dà attuazione al Piano Regolatore Generale, attraverso Piani di Lottizzazione e Piani Particolareggiati.

La caratteristica di tali Piani è quella di essere atemporali, cioè a tempo indeterminato, il che ha determinato una difficile applicazione e una scarsa dotazione da parte dei Comuni italiani.

Tra gli interventi urbanistici più importanti si ricordano:

- gli insediamenti di edilizia residenziale pubblica, istituiti con la l. n. 167/1962, la quale introdusse, accanto ai Piani di zona, i *Piani di Edilizia Economica e Popolare (PEEP)*, con l'obiettivo di dare supporto al ceto meno abbiente;
- la *legge ponte* n. 765 del 1967, introdotta a seguito della tragedia del Vajont e della frana di Agrigento, con l'obiettivo di velocizzare i procedimenti di redazione dei piani e dei limiti per l'attività costruttiva laddove non vi fosse uno strumento urbanistico;
- la legge n. 1187/1968, c.d. *legge tamponne*, che introduceva un termine di dieci anni ai vincoli di lottizzazione, eliminando la loro valenza a tempo indeterminato;
- il Decreto del Ministero dei Lavori Pubblici n. 1444/1968, che ha introdotto norme relative alla definizione delle Zone territoriali omogenee (ZTO) e ai limiti di altezza e distanza tra i fabbricati. Inoltre, tale decreto, introducendo una serie di standard urbanistici nella redazione dei Piani regolatori generali, dei Piani particolareggiati e dei regolamenti urbanistici, ha influenzato lo sviluppo urbanistico dei Comuni;
- la legge n. 865/1971, che disciplina le c.d. convenzioni in materia di edilizia residenziale convenzionata con il Comune, in particolare le convenzioni di attuazione dei PEEP, oggi ampiamente modificata dal D.L. 23 ottobre 2018 n. 119 convertito con legge 17 dicembre 2018 n. 136, c.d. *Decreto Fiscale 2019*, che ha introdotto la possibilità di rimuovere i vincoli relativi alla determinazione del prezzo massimo di cessione e/o del canone massimo di locazione in materia di convenzioni PEEP;
- la legge n. 10/1977, c.d. *Legge Bucalossi*, finalizzata a consentire al soggetto attuatore una riduzione del contributo concessorio per il rilascio del permesso di costruire. In particolare, si introducevano limiti ai prezzi di vendita ed ai canoni di locazione di proprietà abitative o di superfici;

- la legge n. 457/1978, che modifica, riprende e riordina tutto il settore dell'edilizia economica e popolare. Questa legge, in particolare, introduce il c.d. *Piano di recupero*: nei piani urbanistici devono essere indicate le zone in cui il recupero edilizio diventa attività di riferimento e le zone in cui non è possibile dare la concessione edilizia senza un previo piano attuativo;
- l'introduzione del condono per risanare gli abusi edilizi con diverse leggi, la prima del 1985, la seconda del 1994 e l'ultima del 2003;
- la legge n. 431/1985, c.d. *Legge Galasso*, che ha introdotto una serie di tutele sui beni paesaggistici ed ambientali, poi integrata nel codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42);
- il passaggio da una *pianificazione semplice* ad una *pianificazione complessa* negli anni Novanta, in particolare per il recupero degli spazi dismessi e degradati a seguito della crisi dell'industria fordista.

Tra i principali interventi normativi vi sono: la legge n. 493/1993, che introdusse i *Programmi di Recupero Urbano (PRU)*, volti a recuperare l'esistente attraverso interventi cofinanziati dal pubblico in partnership con privati anche in deroga agli strumenti urbanistici vigenti; il D. M. 21/12/1994, che introdusse i *Programmi di Riqualificazione Urbana (PRIU)*; la legge n. 127/1997, meglio nota come *Legge Bassanini*, che introdusse le *Società di Trasformazione Urbana (STU)*, un particolare tipo di società per azioni, promossa da un Comune italiano come strumento di pianificazione territoriale, volta all'acquisizione dell'area da trasformare, alla progettazione, alla realizzazione degli interventi ed infine alla vendita delle opere realizzate;

- l'introduzione negli anni Duemila di importanti Testi Unici, tra cui il TUEL (Testo Unico degli Enti Locali, d.lgs. 267/2000), il TUED (Testo Unico dell'Edilizia, d.P.R. 380/2001), il TUESPR (Testo Unico sulle Espropriazioni, d.P.R. 327/2001), il Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 42/2004) e il TUAMB (Testo Unico sull'Ambiente, d.lgs. 152/2006).

2.10.1.1. Principali criticità e possibili soluzioni

La principale problematicità che ha riguardato fin dagli inizi il sistema della pianificazione italiana è stata la mancata applicazione, principalmente su scala comunale. Il motivo di tale negligenza è dovuto sia alla mancanza di risorse all'interno delle pubbliche amministrazioni per la redazione di tali strumenti sia ai contrasti politici tra maggioranza ed opposizione durante l'iter di approvazione del piano.

Altre problematicità derivano invece dalla stessa applicazione di tali strumenti urbanistici, in particolare per il modo in cui sono stati strutturati. Tuttavia, è possibile rinvenire alcune soluzioni.

- a. La prima criticità ha riguardato i *vincoli di localizzazione*. Si tratta, nello specifico, di vincoli di inedificabilità assoluta per la realizzazione di opere pubbliche. Il proprietario, a seguito di una procedura espropriativa, riceve un indennizzo in cambio della cessione delle aree. E la stessa determinazione dell'indennizzo e del valore da conferire al terreno hanno rappresentato le principali criticità in materia, fin dagli anni degli espropri per il risanamento di Napoli dell'Ottocento. Inoltre, la legge 1150/1942 ha aggravato ulteriormente la vicenda, perché prevedeva che tali vincoli fossero a tempo indeterminato; per tale motivo, con la legge tampone del 1968 il vincolo di inedificabilità è stato fissato a dieci anni.

Ulteriore aggravio per i proprietari è costituito dal fatto che le aree, sebbene non espropriate, sono comunque definite *inedificabili*. In tal modo si crea un plusvalore tra le zone che il Piano individua come edificabili e quelle inedificabili. Di conseguenza, i proprietari delle aree edificabili ricevono un vantaggio a discapito della perdita subita dal proprietario della seconda tipologia.

Per ovviare alla disparità generata dalle plusvalenze derivanti dalle disposizioni del Piano e alla conflittualità che inevitabilmente consegue al ricorso ai vincoli di inedificabilità e alle successive misure espropriative, negli ultimi anni,

laddove il Comune necessita del suolo privato per la realizzazione di opere pubbliche, si è preferito ricorrere a *procedure partecipate consensuali*, attraverso gli istituti della perequazione urbanistica, con una duplice modalità, *estesa o di comparto*. Attraverso la perequazione, viene applicato all'urbanistica il principio della giustizia distributiva²⁸⁸. I proprietari, coinvolti nelle procedure di pianificazione, partecipano alla distribuzione sia degli oneri sia dei valori che derivano da queste senza differenziazioni.

Con la modalità *estesa* vi è un accordo tra Comune e proprietari, ove questi ultimi, in cambio della cessione gratuita o a prezzo agricolo delle proprietà destinate ad accogliere opere di pubblico interesse, ottengono il riconoscimento dello *ius aedificandi*, e quindi della possibilità di utilizzare i loro indici edificatori nella relativa area di concentrazione.

Con la modalità *di comparto*, invece, i diversi proprietari della zona in cui è prevista la realizzazione dell'opera pubblica stipulano un accordo col quale distribuiscono in maniera equa tra loro vantaggi e svantaggi, cedendo parti uguali della loro proprietà al pubblico, in cambio di un aumento di volumetria delle zone che conservano.

- b. La seconda criticità riguarda la *tutela dei beni comuni*, cioè di quei beni essenziali per la vita della comunità presente e futura. Nella materia urbanistica mancano appositi strumenti che tutelino nello specifico questi beni, che invece costituiscono le principali vittime di un'economia basata perlopiù sullo sfruttamento intensivo ed immediato delle risorse.

Per tale ragione, è nato il *Movimento dei beni comuni*²⁸⁹, movimento di massa promosso per salvaguardare i suddetti beni e colmare il deficit che intercorre tra teoria e prassi.

²⁸⁸ L. CASELLA, *La perequazione urbanistica: nuovi scenari della pianificazione territoriale italiana*, 2009, segretarietlocali.it, p. 346.

²⁸⁹ “In Italia, la data simbolo, che ricorre in ben tre passaggi chiave nella storia recente dei beni comuni, potrebbe essere il 22 aprile: del 2008, quando il disegno di Legge delega della Commissione Rodotà fu consegnato ufficialmente al Guardasigilli; del 2010, quando fu apposta la

Negli anni, poi, tale movimento ha portato all'approvazione a livello comunale dei *Regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni*, che disciplinano forme di collaborazione dei cittadini con l'amministrazione per la rigenerazione di beni comuni urbani, in attuazione degli artt. 118, 114 comma 2 e 117 comma 6 Cost. La collaborazione tra cittadini ed amministrazioni si estrinseca nell'adozione di atti amministrativi di natura non autoritativa, c.d. *patti di collaborazione*²⁹⁰.

- c. Terza criticità riguarda le *bonifiche e gli interventi di recupero*. A seguito della dismissione di grandi stabilimenti industriali, avvenuta a partire dagli anni Ottanta, le città si sono ritrovate dominate da grandi complessi edilizi abbandonati. Inoltre, a causa dell'inquinamento dei suoli provocato dall'attività di tali industrie, è stata necessaria anche una bonifica. Tali opere di bonifica però spesso non sono mai terminate, come è avvenuto per l'Ilva di Taranto o l'Italsider di Bagnoli.

Diversi strumenti di programmazione hanno previsto il riuso di tali stabilimenti, che tuttavia spesso non è avvenuto, portando allo stato di rudere tali edifici, non solo danneggiando l'immagine della città, ma anche compromettendo la sicurezza urbana.

La soluzione adottata per ovviare a tale problematica è stata quella di prevedere nel sistema urbanistico una pianificazione complessa, ove il pubblico, che spesso manca delle risorse economiche necessarie per gli interventi di recupero urbano, si avvale delle risorse private. Si parla, in tal caso, di *partenariato pubblico-privato (PPP)*, disciplinato all'art. 180 del codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), secondo cui si intende il contratto a titolo oneroso "*stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più*

prima firma sui moduli per i referendum sull'acqua bene comune; del 2013, quando la trasformazione di Arin, Spa in ABC, Azienda Speciale è stata ufficialmente registrata alla Camera di Commercio di Napoli. Il movimento per i beni comuni italiano quindi potrebbe essere descritto con l'acronimo A22" in U. Mattei, Beni comuni, 2013, euronomade.info.

²⁹⁰ *Infra*, capitolo IV I regolamenti per i beni comuni e i patti di collaborazione.

operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".

- d. Quarta criticità, in materia urbanistica, è rappresentata dalla difficoltà di redigere i Piani, i quali, seppur adottati, non riescono perlopiù ad essere approvati. Tale complessità, oltre ad essere determinata dai contrasti politici tra maggioranza e opposizione, è dovuta anche al lungo iter procedimentale a cui questi Piani sono sottoposti. Infatti, seppur le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, ai sensi dell'art. 118 Cost., le singole leggi regionali attribuiscono ai diversi enti una serie di compiti legati sia alla verifica della compatibilità sia alla formulazione di pareri, che rendono macchinosi i processi di approvazione e stesura dei piani.

Oggi, per rendere più rapida la stesura dei Piani, si sono previste diverse forme di *partecipazione pubblica* al procedimento di pianificazione, le c.d. *consultazioni pubbliche*²⁹¹, in aggiunta alle tradizionali modalità rappresentate da osservazioni e opposizioni.

Inoltre, nella pianificazione contrattata tra pubblico e privato, la velocizzazione dei tempi degli interventi è resa possibile attraverso le *conferenze di servizi*, in modalità tradizionale o telematica, i *concerti* e le *intese*, che prevedono interventi dialettici tra l'amministrazione procedente nella stesura del piano e l'amministrazione predisposta alla tutela dell'interesse su cui il Piano incide.

- e. Ultima criticità riguarda l'*eccessiva flessibilità* del nuovo modello di pianificazione urbanistica, che, non prevedendo più una relazione gerarchica rigida tra i diversi Piani territoriali, garantisce solo la compatibilità e la

²⁹¹ *Infra*, 2.10.3. Consultazione pubblica ed inchiesta pubblica.

conformità. Ciò rende possibile l'approvazione di progetti anche in deroga agli strumenti urbanistici vigenti. Si parla, in tal caso, di fenomeno delle varianti atipiche.

L'introduzione delle *valutazioni ambientali*, ed in particolare della *Valutazione Ambientale Strategica (VAS)*, della *Valutazione di Impatto Ambientale (VIA)* e della *Valutazione di Incidenza (VI)*, ha permesso di controllare se tali varianti atipiche recano danni a beni, quali il paesaggio e l'ambiente, o ai beni culturali.

2.10.2. Il bilancio partecipativo (cenni)

Il bilancio partecipativo è stato sperimentato nella città brasiliana di Porto Alegre dal 1989 e inizia a diffondersi dopo il primo Forum Sociale Mondiale tenutosi nella stessa città nel 2001. Dagli anni Duemila anche in Italia diversi Comuni hanno adottato questo processo decisionale collaborativo tra cittadini ed amministrazioni, in particolare gli esempi che più spiccano sono Grottamare, Pieve Emanuele e il Municipio XI di Roma.

Il Bilancio Partecipativo può essere definito come *“processo decisionale che consiste in un'apertura della macchina statale alla partecipazione diretta ed effettiva della popolazione nell'assunzione di decisioni sugli obiettivi e la distribuzione degli investimenti pubblici”*²⁹².

Gli obiettivi principali di tale procedura sono:

- facilitare il confronto con la cittadinanza e promuovere scelte e decisioni condivise, in un'ottica di riduzione dei conflitti;
- assicurare una maggiore corrispondenza tra bisogni da soddisfare e risorse disponibili;
- coinvolgere i cittadini nel processo di gestione pubblica, attraverso forme di “democrazia diretta”;
- ricostruire un rapporto di fiducia tra istituzioni e cittadini.

²⁹² G. ALLEGRETTI, *Bilanci partecipativi*, 2009, academia.edu, p. 1.

Il Bilancio Partecipativo, tendenzialmente, è promosso:

- a livello circoscrizionale, dal Presidente di Circoscrizione e dai suoi collaboratori;
- a livello comunale, dal Sindaco e dalla Giunta;
- a livello regionale, dalla Giunta e dal suo Presidente.

Tuttavia, è astrattamente possibile che tale processo sia sollecitato da istituzioni “legislative”, quali i Consigli Comunali, Circoscrizionali o Regionali, o addirittura da organismi di livello istituzionale superiore, come è avvenuto in Germania dove sono stati i Lander a stimolare i Comuni ad attivare processi di Bilancio Partecipativo.

Gli strumenti di discussione coi cittadini sono i più vari: possono essere istituiti canali informali di discussione, quali le assemblee aperte, i sondaggi, i questionari distribuiti alla cittadinanza, o canali formali, quali referendum cittadini o circoscrizionali, consulte e commissioni. Tale modalità partecipativa è rafforzata anche dalla comunicazione e dall’uso di strumenti tecnologici per informare, coinvolgere e raccogliere le idee della cittadinanza. Pertanto, il Bilancio Partecipativo è anche uno strumento di rendicontazione sociale, in quanto prevede momenti e materiali di informazione rivolti alla cittadinanza e riguardanti l’operato dell’ente, gli investimenti svolti e gli interventi previsti.

Il processo decisionale deve essere al massimo grado *inclusivo*, pertanto non devono essere privilegiati solamente i gruppi di cittadini già strutturati, ma occorre offrire a tutta la cittadinanza la possibilità di discussione e decisione.

Il Bilancio Partecipativo si svolge con riferimento a quelle risorse più *flessibili*, ad esempio quelle destinate ad opere e servizi. In particolare, le valutazioni e le proposte dei cittadini non riguardano l’intero bilancio, ma una parte di *budget* dell’ente o uno o più capitoli di spesa di bilancio che riguardano direttamente la cittadinanza, come i trasporti locali o le politiche culturali e sociali.

Tendenzialmente, tale processo partecipativo si struttura in tre macro-fasi:

- a. *informazione e comunicazione*: l'amministrazione informa preventivamente i cittadini sul contenuto del bilancio, attraverso diversi strumenti – sito web, social network, forum, campagna di comunicazione, pubblicazioni – e comunica ai cittadini le modalità di svolgimento del bilancio partecipativo;
- b. *consultazione e partecipazione*: si attiva il vero e proprio processo di consultazione e partecipazione, attraverso incontri, in presenza o per via telematica. In questa fase, i cittadini sono chiamati a confrontarsi e ad avanzare proposte progettuali, che dovranno essere tenute in considerazione dall'amministrazione;
- c. *valutazione, definizione e diffusione*: l'amministrazione valuta la fattibilità delle proposte, definisce il bilancio e ne dà comunicazione alla cittadinanza.

In ogni caso, si ritiene che, affinché il processo di bilancio partecipativo sia quanto più efficace, la pianificazione debba riguardare la definizione degli obiettivi, la scelta del modello, la definizione dei soggetti da coinvolgere, la scelta e la pianificazione degli strumenti, la definizione delle modalità di partecipazione (fisica o virtuale, i tempi e la modalità di votazione), la definizione di un regolamento e la diffusione, pianificazione e organizzazione del programma e degli incontri, la diffusione dei risultati, la pianificazione del bilancio in base ai risultati, la diffusione del bilancio e i risultati del processo partecipativo²⁹³.

Il Bilancio Partecipativo oggi è sempre più diffuso ed è utilizzato da un numero crescente di enti locali, tuttavia il rischio risiede nella mancata attuazione delle proposte raccolte e nel mancato allineamento del bilancio e delle politiche pubbliche con le richieste avanzate dai cittadini.

²⁹³ *Bilancio Partecipativo. Come coinvolgere i cittadini nella governance locale*, in <http://qualitapa.gov.it/sitoarcheologico/customer-satisfaction/ascolto-e-partecipazione-dellutenza/bilancio-partecipativo/>, 2015.

2.10.3. La consultazione pubblica (cenni)

La consultazione pubblica è uno strumento disciplinato e consolidato a livello europeo, ed in parte regolato anche nel nostro ordinamento, a livello regionale e statale.

Si tratta di una modalità di partecipazione interna all'iter di formazione di atti giuridici di portata generale. Lo scopo della consultazione pubblica è quello di stimolare il coinvolgimento diretto dei cittadini e delle parti sociali nell'assunzione delle scelte pubbliche, attraverso canali di ascolto, principalmente *online*, diretti a raccogliere le loro opinioni e proposte²⁹⁴. Questa previsione, tuttavia, non consente a tali soggetti di diventare contitolari del potere di adottare atti e provvedimenti, ma offre la possibilità di avere un ruolo riconosciuto nella fase istruttoria che porterà il soggetto pubblico, legittimamente investito, ad assumere una decisione normativa o gestionale-amministrativa.

Le diverse forme di consultazione pubblica hanno tra loro caratteristiche comuni:

- innanzitutto, chi vi partecipa è coinvolto su specifici temi e per una durata limitata – a differenza dell'esperienza dei “*Bilanci Partecipativi*”, che è stabile perché tesa al rafforzamento del senso di appartenenza alla comunità e di cittadinanza;
- in secondo luogo, tale strumento è in grado di prescindere dal radicamento territoriale. Le consultazioni, infatti, vengono svolte attraverso strumenti, quali il *web*, che meglio si prestano alla libertà di partecipazione e ad una maggiore adesione;
- da ultimo, i soggetti che vi prendono parte sono individui singoli o soggetti collettivi formali o informali, permanenti od occasionali, largamente o limitatamente espressione di interessi comuni o condivisi.

²⁹⁴ P. MARSOCCI, *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in *Rassegna Parlamentare*, 2016, p. 29.

2.10.3.1. La consultazione pubblica nell'ordinamento europeo

Come anticipatamente detto, lo strumento della consultazione pubblica è disciplinato a livello europeo, con l'intento di potenziare il processo legislativo dell'Unione nel senso della trasparenza, coerenza ed efficacia. Ai sensi dell'art. 10 e dell'art. 11 del TUE: il cittadino ha diritto a partecipare alla vita democratica dell'Unione, che assumerà le decisioni nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini; le istituzioni garantiscono ai cittadini e alle associazioni rappresentative, con opportuni canali, la possibilità di far conoscere e scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione; le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative della società civile; al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione Europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate.

Oltre alle norme del TUE, regolano le consultazioni pubbliche anche il Libro bianco sulla *governance* europea (COM 2001/0428 def./2) e le comunicazioni della Commissione dal titolo "*Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo*" e "*Piano d'azione: semplificare e migliorare la regolamentazione*", che forniscono consigli e assistenza su tutti gli aspetti riguardanti lo svolgimento delle consultazioni, dalla definizione degli obiettivi alla valutazione dei risultati.

Il procedimento di consultazione pubblica è attivato dalla Commissione, che raccoglie pareri e opinioni da parte dei cittadini e delle parti interessate al di fuori delle istituzioni e degli organismi europei o delle istituzioni degli Stati membri, in ordine all'elaborazione delle proprie politiche prima che intervenga qualsiasi decisione. Tale strumento deve essere attivato in ogni fase del ciclo di elaborazione delle politiche europeo, pertanto, nei casi di estrema urgenza, la Commissione è tenuta a motivare il perché non abbia potuto effettuarla.

La Commissione, pur non essendo vincolata nelle proprie decisioni a dar seguito alle opinioni espresse dalle parti interessate, deve comunque tenerne conto, motivando le scelte adottate e adeguando le proprie strategie politiche.

La gestione delle procedure è decentrata ai servizi della Commissione competenti per materia ed eventualmente può essere affidata a consulenti esterni.

Il rapporto tra consultante e consultati deve essere improntato, secondo quanto evidenziato nel Libro bianco della Commissione sulla *governance* europea, a partecipazione, apertura, responsabilizzazione, efficacia e coerenza.

Le consultazioni, poi, possono riguardare qualsiasi atto legislativo che si intenda proporre, nei casi previsti dai trattati o se le istituzioni lo ritengano opportuno²⁹⁵. In particolare, le consultazioni sono funzionali per le comunicazioni politiche/*white paper*, le proposte legislative, i programmi di spesa, gli atti delegati e gli atti di esecuzione con impatti importanti, le valutazioni di politiche e i programmi già esistenti.

La Commissione deve dare pubblicità *online* dell'intera procedura su un “*punto unico di accesso*”²⁹⁶.

Quanto agli effetti, le consultazioni non vincolano giuridicamente le istituzioni coinvolte quanto ai contenuti delle deliberazioni assunte nell'esercizio dei loro poteri: secondo quanto affermato nella comunicazione della Commissione “*Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*” (comunicazione n. COM (2002) 704), “la Commissione resta però convinta che un'impostazione giuridicamente vincolante vada evitata nel caso di una consultazione, per due motivi: anzitutto va tracciata una chiara linea di separazione tra le consultazioni che la Commissione avvia di propria iniziativa, prima di adottare una proposta, e il successivo processo decisionale istituzionalizzato e obbligatorio, stabilito dai trattati; in secondo luogo, occorre evitare che vengano a determinarsi situazioni in cui una proposta della Commissione possa essere impugnata dinanzi alla Corte di giustizia per una presunta insufficienza di consultazione delle parti interessate”.

²⁹⁵ P. MARSOCCI, op. cit., p. 41.

²⁹⁶ Cfr. la pagina http://ec.europa.eu/yourvoice/index_it.htm.

2.10.3.2. La consultazione pubblica nell'ordinamento italiano

A livello nazionale, i soggetti istituzionali più attenti all'uso delle consultazioni pubbliche sono le Autorità indipendenti. Le consultazioni avviate nei procedimenti di regolazione di loro competenza sono disciplinate dalle normative settoriali e nei regolamenti delle Autorità stesse.

Le Autorità indipendenti avviano le consultazioni quando le misure di regolazione hanno un impatto rilevante sul mercato o sul settore di riferimento. I soggetti consultati vanno da chiunque sia interessato, alle rappresentanze degli operatori e utenti degli specifici servizi. Le procedure seguite non sono omogenee quanto a strumenti e tempi²⁹⁷.

Oltre alle consultazioni avviate dalle Autorità indipendenti, vi sono quelle disciplinate a livello territoriale e locale.

Tra le Regioni che hanno adottato leggi di carattere generale in materia di partecipazione popolare si ricordano la Toscana, l'Umbria e l'Emilia-Romagna.

Nel capo V della l.r. Umbria n. 14/2010²⁹⁸ all'art. 62 s'intende la consultazione come "...lo strumento che consente il coinvolgimento del cittadino nell'esercizio delle funzioni delle istituzioni regionali, attraverso canali di ascolto immediato e diretto delle sue opinioni. La Regione, attraverso le modalità e gli strumenti di cui all'articolo 67 e al fine di acquisire ogni utile contributo della società umbra, favorisce la più ampia conoscenza: a) dei propri atti di programmazione normativa; b) del quadro conoscitivo di fatto e di diritto inerente le leggi di propria iniziativa". All'art. 63 si garantisce la consultazione dei soggetti interessati in tutte le fasi del procedimento amministrativo e normativo, di modo che la partecipazione sia assicurata sia *ex ante* nella fase di valutazione sia *ex post* nella fase della deliberazione.

²⁹⁷ P. MARSOCCHI, op. cit., p. 46.

²⁹⁸ Successivamente modificata con la l.r. 7 marzo 2014, n. 2, recante "*Ulteriori modificazioni della legge regionale 16 febbraio 2010, n. 14 (Disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali)*".

La decisione di avviare lo strumento della consultazione spetta alle commissioni consiliari o ad un quinto dei membri del Consiglio. L'accesso al processo decisionale partecipativo è garantito a tutte le fasce della popolazione e i risultati della consultazione devono essere portati a conoscenza degli interessati, tendenzialmente con la pubblicazione nel portale informatico del Consiglio regionale.

La Regione Umbria si è limitata a disciplinare lo strumento solo a livello normativo, mentre le Regioni Toscana ed Emilia-Romagna hanno previsto procedimenti deliberativi anche a livello locale.

Queste due Regioni hanno previsto due strumenti più incisivi rispetto alla consultazione pubblica, il *dibattito pubblico* e l'*istruttoria pubblica*, nei processi decisionali.

La Toscana ha introdotto il “dibattito pubblico sui grandi interventi” con la l.r. n. 69/2007, oggi disciplinato dalla l.r. n. 46/2013, col fine di rendere effettivo “il diritto alla partecipazione, all’elaborazione e alla formazione delle politiche regionali e locali” (art. 1, l.r. n. 69/2007).

La successiva legge regionale del 2013 ha previsto l’obbligatorietà del dibattito pubblico in una serie di casi – quali tutte le opere pubbliche di competenza regionale che superano la soglia di euro cinquanta milioni e per tutti i piani regionali di previsione localizzativa relativi ad opere pubbliche nazionali – e la sua facoltatività in altri – quali tutte le opere private che superano la soglia finanziaria di euro cinquanta milioni, tutte le opere, pubbliche e private, superiori alla soglia di dieci milioni di euro, tutte le opere pubbliche statali, sulle quali la Regione è chiamata ad esprimersi.

I soggetti promotori delle opere redigono una relazione sull’opera ed il dibattito è aperto agli interventi di cittadini, stranieri e apolidi residenti ed anche alle persone che lavorano, studiano o soggiornano nella Regione. L’apertura del dibattito sospende l’adozione o l’attuazione degli atti di competenza regionale connessi all’intervento oggetto del dibattito pubblico. A seguito del dibattito si forma un

progetto relativo all'opera che può essere modificato, confermato o rifiutato dal soggetto promotore entro 3 mesi, motivando la scelta.

In Emilia-Romagna la l.r. n. 8/2008 ha introdotto l'istruttoria pubblica e la l.r. 3/2010, recante "*Norme per la definizione, riordino e promozione delle procedure di consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*". La legge regionale del 2010 fornisce una definizione molto ampia di processo partecipativo, pertanto si ritiene che in tale definizione possano rientrarvi strumenti molto diversificati – istanze, petizioni, discussioni pubbliche – volto a dar vita ad un documento di proposta partecipata, che deve essere tenuto in considerazione dalle autorità decisionali nelle loro deliberazioni.

Il "diritto di partecipare" viene riconosciuto a "tutte le persone, le associazioni e le imprese che siano destinatari, singolarmente o collettivamente, delle scelte contenute in un atto regionale o locale di pianificazione strategica, generale o settoriale, o di atti progettuali e di attuazione in ogni campo di competenza regionale, sia diretta che concorrente ivi compreso il caso in cui la Regione e gli enti locali debbano esprimere pareri non meramente tecnici nei confronti di opere pubbliche nazionali" (art. 3, comma 1, l.r. 3/2010).

La procedura partecipativa è attivata o su istanza delle istituzioni coinvolte – Giunta o Assemblea legislativa regionale, enti locali, anche in forma associata, e circoscrizioni – o da altri soggetti, pubblici e privati, che abbiano ottenuto l'adesione di almeno una di tali istituzioni. Ogni anno è prevista un'apposita sessione sulla partecipazione dell'Assemblea legislativa, che "approva il programma di iniziative per la partecipazione, che contiene anche gli indirizzi su criteri e modalità per la concessione dei contributi regionali" (art. 9).

Il processo partecipativo si conclude con l'approvazione di un documento conclusivo che dà atto del processo partecipativo seguito e della proposta partecipata, validata o non validata da parte del "tecnico di garanzia", che ne

controlla la correttezza anche al fine di autorizzare o meno il sussidio economico previsto²⁹⁹.

Una volta valutata la proposta partecipata, l'istituzione cui compete la decisione finale non ha alcun vincolo circa la sua adozione, ma comunque deve motivare nel caso in cui decida di non recepirla.

Oggetto della procedura partecipata possono essere “scelte contenute in un atto regionale o locale di pianificazione strategica, generale o settoriale, o di atti progettuali e di attuazione” e “nel caso in cui la Regione e gli enti locali debbano esprimere pareri non meramente tecnici nei confronti di opere pubbliche nazionali” (art. 3).

Lo Statuto dell'Emilia-Romagna all'art. 17 prevede, invece, l'istruttoria pubblica, che è disciplinata dalla l.r. n. 8/2008. Si tratta di un contraddittorio pubblico, a cui “possono intervenire i consiglieri regionali, i membri della Giunta, associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale anche per il tramite o con l'assistenza di esperti” (art. 50-*quater*).

Oggetto dell'istruttoria pubblica sono solamente le proposte di atti normativi o amministrativi di carattere generale che siano state presentate regolarmente.

L'istruttoria può essere attivata su istanza di un comitato promotore di privati, composto da almeno cinquemila persone, che abbiano compiuto il sedicesimo anno di età, tra i residenti nella Regione o coloro che vi lavorano o studiano da almeno un anno.

Nel caso in cui vi sia stata richiesta di referendum consultivo, non può essere attivata l'istruttoria pubblica.

Degli elementi emersi durante l'istruttoria pubblica si deve dare piena pubblicità e viene redatta una relazione, i cui contenuti possono essere inseriti nel progetto di legge. Il provvedimento finale, poi, è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie o nell'ordine del giorno, nel caso in cui si tratti di un provvedimento normativo.

²⁹⁹ P. MARSOCCI, op. cit., p. 52.

Infine, occorre ricordare le procedure di consultazione effettuate negli ultimi anni a livello nazionale nell'apposito portale del governo <http://www.partecipa.gov.it/>, di cui i più importanti sono stati:

- “Principi fondamentali di Internet”, promossa nel 2012 dal MIUR per raccogliere contributi sul tema della *governance* di Internet;
- “Valore legale titolo di studio”, promossa sempre nel 2012 dal MIUR, per chiarire la volontà dei cittadini circa l’abolizione del valore legale del titolo di studio;
- “Riforma pubblica amministrazione”, avviata nel 2014 dalla P.C.D.M. e dal Dipartimento per la Funzione Pubblica del governo Renzi e finalizzata al coinvolgimento dei cittadini e dei dipendenti pubblici su 44 punti della riforma della Pubblica Amministrazione, con l’obiettivo di raccogliere contributi e riflessioni sui singoli punti della riforma Madia;
- “La buona scuola”, avviata nel 2014 dal MIUR con lo scopo di migliorare, integrare e rafforzare il piano di riforme legislative proposte dal Governo Renzi;
- “Agenda digitale”, avviata nel 2014 dall’Agid (Agenda per l’Italia digitale) in collaborazione con FormezPA per raccogliere idee e suggerimenti sul tema dell’implementazione della strategia per la banda ultralarga.

In conclusione, la procedura di consultazione pubblica è efficace sia perché permette ai soggetti consultati di esercitare un potere di influenza su singoli atti o programmi, integrando le forme della democrazia partecipativa in senso stretto sia perché garantisce trasparenza e promozione della legittimazione istituzionale del soggetto richiedente la consultazione.

Tuttavia, il fatto che la consultazione pubblica non preveda alcun vincolo nei confronti della pubblica amministrazione quanto alla presa in considerazione delle opinioni espresse nella comunità e dei risultati raggiunti attraverso tale procedura rappresenta un limite.

2.10.4. Baratto amministrativo (cenni)

L'istituto del baratto amministrativo è stato disciplinato, inizialmente, dall'art. 11, comma 2, lett. f), d.lgs. 14 marzo 2011 n. 23³⁰⁰, successivamente, dall'art. 24, d.l. 12 settembre 2014 n. 133 (c.d. "Sblocca Italia"), convertito in l. 11 novembre 2014, n. 164³⁰¹, ed oggi dall'art. 190, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50³⁰².

Il baratto amministrativo è un istituto che prevede la facoltà degli enti territoriali di stipulare contratti di partenariato sociale con cittadini, singoli o associati, per la cura e la gestione di alcuni beni di uso collettivo – come *la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento delle aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati* (art. 190, d.lgs. 50/2016).

³⁰⁰ D.lgs. n. 23/2011, art. 11, comma 2, lett. f): "*i comuni, con proprio regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 52 del citato decreto legislativo n. 446 del 1997, hanno la facoltà di disporre esenzioni ed agevolazioni, in modo da consentire anche una più piena valorizzazione della sussidiarietà orizzontale, nonché ulteriori modalità applicative dei tributi*".

³⁰¹ D.l. n. 133 del 2014, art. 24: "*I comuni possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione al territorio da riqualificare. Gli interventi possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze, strade ovvero interventi di decoro urbano, di recupero o riuso, con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati, e in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. In relazione alla tipologia dei predetti interventi, i comuni possono deliberare riduzioni o esenzioni di tributi inerenti all'attività posta in essere. L'esenzione è concessa per un periodo limitato e definito, per specifici tributi e per attività individuate dai comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere. Tali riduzioni sono concesse prioritariamente a comunità di cittadini costituite in forme associative stabili e giuridicamente riconosciute*".

³⁰² D.lgs. n. 50/2016, art. 190: "*Gli enti territoriali possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento delle aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa*".

Le principali differenze tra vecchia e nuova disciplina attengono:

- all'estensione dell'ambito applicativo soggettivo agli enti territoriali in generale, e non più solamente ai Comuni;
- alla scomparsa dell'ordine di priorità in favore di comunità di cittadini costituiti in associazione rispetto ai cittadini considerati singolarmente;
- alla scomparsa del limite posto all'esenzione tributaria per un periodo limitato e definitivo;
- alla scomparsa del riferimento esclusivo all'inerenza dei tributi al tipo di attività posta in essere. Nell'art. 190, d.lgs. 50/2016, si parla, invece, di esenzioni e riduzioni dei tributi *corrispondenti* al tipo di attività svolta, ovvero, in alternativa, *comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa*;
- alla possibilità di affidare la valorizzazione delle vie e piazze mediante iniziative culturali di vario genere.

Il baratto amministrativo può essere inteso come norma di attuazione dei doveri di solidarietà sociale di ogni cittadino (art. 2 Cost.) e di auto-organizzazione in forma di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.).

I cittadini sono legittimati a stipulare un contratto di partenariato sociale con l'ente territoriale sia in forma individuale sia in forma associata – ed in quest'ultimo caso la forma associativa non deve essere solo più stabile e giuridicamente riconosciuta, ma può trattarsi di qualsiasi forma associativa o organismo di partecipazione popolare all'amministrazione locale, i cui rapporti con il comune siano disciplinati dallo Statuto (ex art. 8, d.lgs. 18 agosto 2000) – purché abbiano un legame con un ambito territoriale determinato, come i quartieri e le frazioni³⁰³. In tal caso, si parla di *cittadinanza amministrativa*, intendendosi per tale l'appartenenza dell'individuo alla comunità comunale, individuata dalla residenza, cioè il *luogo in cui la persona ha la dimora abituale* (art. 43, comma II, c.c.).

³⁰³ R. CAVALLO PERIN, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in Riv. trim. dir. amm., n. 4/2018, p. 843.

Quanto all'oggetto del baratto amministrativo, si ritiene che l'art. 190 fornisca un mero elenco esemplificativo di attività di gestione e cura dei beni di uso collettivo, dal momento che, se l'elenco fosse tassativo, si sarebbe affermata la nullità del contratto di partenariato sociale per l'impossibilità dell'oggetto contrattuale (c.d. impossibilità giuridica, ex artt. 1418 e 1346 c.c.): pertanto, è possibile prevedere diverse ragioni giuridiche di fruizione del bene, siano esse manifestazioni di libertà siano esse assolvimento di doveri di solidarietà di ciascun cittadino verso la comunità di appartenenza³⁰⁴.

Il codice colloca il baratto amministrativo tra le forme di partenariato pubblico-privato contrattuale (PPPC), ed in particolare lo inserisce tra i contratti di partenariato sociale. In tal modo, si delimita l'oggetto di tale contratto in senso finalistico: l'attività deve essere volta a perseguire finalità socialmente utili per la collettività territoriale di riferimento, in attuazione dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost., secondo cui "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

In termini generali, il baratto si connota come contratto di scambio di "cosa contro cosa". Nel codice civile viene qualificato come "permuta" e ha come oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose, o altri diritti. Nel diritto amministrativo la permuta può avere ad oggetto anche lo scambio di servizi.

Nel caso specifico del baratto amministrativo, tuttavia, non si ha uno scambio di cosa contro cosa, ma un sistema complesso per cui una prestazione di opere o di servizi resa da parte dei cittadini viene remunerata non in denaro ma con una rinuncia totale o parziale ad un credito tributario dell'ente pubblico³⁰⁵. Vi è, dunque, una *datio in solutum*, sia da parte dell'ente territoriale, che, anziché pagare un'opera o un servizio in denaro, porta in compensazione un proprio credito tributario, sia da

³⁰⁴ R. CAVALLO PERIN, op. cit., p. 846.

³⁰⁵ R. DE NICTOLIS, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, www.ptpl.altervista.org, 2018, p. 6.

parte dei cittadini che, anziché pagare un debito tributario in denaro, lo assolvono con una prestazione d'opera o di servizi. In tal modo, si svolgono due funzioni: una di tipo economico, in quanto il baratto supplisce alla mancanza reciproca di risorse finanziarie sia dell'ente territoriale, privo di liquidità per finanziare un contratto di appalto, sia del cittadino, privo di risorse per assolvere un debito tributario; una di tipo solidaristico, in quanto il baratto incentiva forme di "cittadinanza attiva", di gestione e utilizzo di beni pubblici e comuni.

Pur essendo collocato nella parte IV del codice, e quindi nell'ambito del partenariato pubblico-privato, si esclude che al baratto amministrativo si applichi l'art. 180, d.lgs. 50/2016, il cui ultimo comma peraltro non ne fa menzione.

Il baratto amministrativo è uno strumento la cui elementarietà lo differenzia dal partenariato pubblico-privato, quale strumento contrattuale finanziario particolarmente complesso: in esso, infatti è assente l'elemento lucrativo, in particolare il canone di gestione e il piano economico-finanziario, tipici delle figure di cui all'art. 180.

Inoltre, il baratto amministrativo differisce dall'opera pubblica realizzata a spese del privato, di cui all'art. 20, d.lgs. 50/2016:

- dal punto di vista dell'oggetto, dal momento che nell'ipotesi di cui all'art. 20 il privato realizza un'opera pubblica *ex novo*, mentre nel baratto amministrativo si ammette perlopiù la manutenzione, il recupero ed il riuso di opere già esistenti;
- sia dal punto di vista economico, dal momento che l'art. 20 prevede un contratto a titolo gratuito, in cui le spese sono solo a carico del privato, mentre l'art. 190 contempla un contratto a prestazioni corrispettive, in cui l'ente territoriale mediante la *datio in solutum* assolve il proprio obbligo.

Il baratto amministrativo, invece, presenta degli elementi in comune con gli interventi di sussidiarietà orizzontale, di cui all'art. 189, d.lgs. 50/2016: in entrambe le ipotesi, infatti, sono previste forme di collaborazione tra cittadini ed ente territoriale, incentivate attraverso benefici fiscali, per la gestione di beni od aree –

in particolare aree riservate al verde pubblico urbano, immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo – nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento.

Le differenze attengono, invece:

- alle ipotesi previste, che nell'art. 189 sono più complesse e strutturate, mentre nell'art. 189 sono più variegate, ma più semplici;
- all'incentivo fiscale, che negli interventi di sussidiarietà orizzontale è eventuale, mentre nel baratto amministrativo è indefettibile;
- al criterio della *vicinitas*, presente nell'art. 189 per la manutenzione del verde urbano – nello specifico, questa attività è riservata solo ai cittadini residenti nel comprensorio in cui si trova l'area – mentre non prevista nell'art. 190;
- all'esclusività dei cittadini in forma associata, che ricorre nell'art. 189, mentre è stata abbandonata per il baratto amministrativo, per il quale è possibile che anche singoli cittadini vi prendano parte.

Occorre, poi, sottolineare che il baratto amministrativo non è un istituto che opera *ex lege*, bensì è rimesso alla discrezionalità dell'ente territoriale, che può definire, con apposita delibera, i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale. La discrezionalità è giustificata dall'eccezionalità e residualità dell'istituto.

Tuttavia, è bene chiedersi se i cittadini, singoli o associati, abbiano titolo a sollecitare l'ente territoriale inerte nell'adozione della delibera.

Dinnanzi alla discrezionalità dell'ente territoriale sia nell'adozione della delibera, sia nella determinazione dei criteri e delle condizioni del contratto di partenariato sociale, i cittadini hanno una mera facoltà di sollecitare l'ente a titolo collaborativo, ma non hanno una corrispondente tutela giuridica contro l'inerzia dell'amministrazione. Trattandosi di un potere discrezionale, l'ente non ha un obbligo di provvedere, pertanto l'inerzia non può qualificarsi come silenzio inadempimento e di conseguenza non sono attivabili gli strumenti che

l'ordinamento appresta contro il silenzio inadempimento della pubblica amministrazione. La giurisprudenza della Corte dei Conti ha sottolineato, peraltro, che la non qualificazione dell'inerzia nell'adozione della delibera come silenzio inadempimento è rafforzata anche dalla natura regolamentare della delibera stessa³⁰⁶.

Diversi quesiti, poi, sono stati sollevati in merito al campo di applicazione del baratto amministrativo. La Corte dei Conti, sez. contr. Veneto, con il parere n. 313/2016, è intervenuta in merito³⁰⁷.

In particolare, gli interrogativi posti sono tre:

- a. se l'attività dei cittadini possa essere ricompresa tra le attività svolte dai volontari, cosicché il Comune possa assumere le spese per assicurare le coperture assicurative;
- b. quale sia, nel caso in cui l'attività dei cittadini sia resa in corrispondenza di riduzioni ed esenzioni di tributi, l'inquadramento giuridico, fiscale e assicurativo che tale posizione pone e se gli interventi realizzati dai cittadini, singoli o associati, qualora inquadrati come prestazioni occasionali di servizio o di lavoro, possano essere ricompresi nell'ambito delle spese del personale;
- c. se il baratto amministrativo possa essere applicato anche all'impresa, quale soggetto debitore di tributi.

Quanto al primo quesito, la Corte è ferma nel ritenere che il baratto amministrativo, caratterizzato da coattività e sinallagmaticità con la relativa prestazione dedotta in adempimento, è un istituto estraneo rispetto alle prestazioni rese spontaneamente dai cittadini, pertanto si ritiene da escludere la possibilità di garantire polizze assicurative. Tuttavia, sottolinea la Corte, dal momento che è difficile nel concreto discernere le varie fattispecie, è opportuno che l'atto regolamentare, e quindi la delibera definisca chiaramente i criteri e le modalità che l'ente territoriale intende seguire.

³⁰⁶ Corte dei Conti, sez. contr. Emilia-Romagna, 23 marzo 2016, n. 27.

³⁰⁷ A tal proposito, F. GIGLIONI, *Corte dei conti, Veneto, parere n. 313/2016. Ancora un giudizio critico del "baratto amministrativo"*, labsus.org, 2016.

Quanto al secondo quesito, in merito all'inquadramento giuridico, fiscale e assicurativo, la Corte sottolinea preliminarmente l'indisponibilità dell'obbligazione tributaria e l'irrinunciabilità della potestà impositiva. Successivamente evidenzia come la potestà regolamentare per la disciplina dei tributi locali è attribuita al Comune, di conseguenza, la competenza in materia deve essere radicata in capo al Consiglio e l'atto deve essere adottato "non oltre il termine di approvazione del bilancio di previsione". *"È necessario"*, afferma la Corte, *"che sussista un rapporto di stretta inerenza tra le esenzioni o le riduzioni dei tributi e le attività di cura e valorizzazione del territorio che i cittadini possono realizzare"*. Pertanto, sono illecite tutte quelle azioni od omissioni volte a procrastinare l'adempimento degli obblighi tributari.

Da ultimo, la Corte sottolinea come trovi piena operatività l'istituto della compensazione tra debiti o crediti di cui solo uno esistente, mentre l'altro è futuro ed eventuale, in quanto legato alla soddisfacente realizzazione dell'opera e del servizio.

In merito alla possibilità di ricomprendere gli interventi dei cittadini nell'ambito delle spese del personale, la Corte ricorda che *"dal complesso delle disposizioni normative che regolano le spese di personale negli enti locali si ricava che la prestazione lavorativa rientrante nel computo delle spese di personale non può che essere quella resa nell'ambito di un rapporto di pubblico impiego legalmente instaurato nei modi e nelle forme previste dalla legge"*; pertanto, *"le prestazioni richieste ai beneficiari di provvidenze comunali stanziare (...) non possono che rivestire forme di collaborazione sociale senza corrispettività con il contributo economico elargito. E ciò per impedire l'instaurazione surrettizia di forme di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione non disciplinate dalla legge, ancorché a titolo precario, interinale e occasionale"*.

Quanto al terzo ed ultimo quesito, la Corte sottolinea preliminarmente la giurisprudenza concorde del Consiglio di Stato, la quale ritiene che la sussidiarietà orizzontale non possa essere utilizzata per fattispecie di aiuti alle imprese, in quanto *"è evidente come le imprese (e gli eventuali aiuti alle stesse) nulla hanno a che fare"*

con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale". Pertanto, la Corte è ferma nel ritenere che il baratto amministrativo non può essere applicato alle imprese, perché vi sarebbe il rischio di una sostanziale elusione delle regole di evidenza pubblica, con conseguente alterazione della concorrenza.

La stessa Corte ha, inoltre, chiarito che l'istituto del baratto amministrativo non può essere consentito per spettanze tributarie già dovute all'amministrazione, dal momento che, da una parte, la riduzione delle imposte non può essere applicata su debiti pregressi confluiti nella massa dei residui attivi accertati dall'ente locale, dall'altra, la stessa disposizione legislativa prescrive una stretta correlazione tra la tipologia di prestazione da svolgere e il tributo da ridurre o da esentare.

In conclusione, è possibile affermare che il ricorso al baratto amministrativo richiama un modello di relazione tra cittadino e amministrazione improntato sullo scambio, sul "*do ut des*", che nulla ha a che vedere con la relazione concepita sulla base del principio di sussidiarietà, in cui l'ente pubblico promuove e sostiene le iniziative spontanee dei singoli o associati, e che trova più completa espressione nei Regolamenti per la gestione condivisa dei beni comuni, attualmente adottati da più di duecento realtà italiane³⁰⁸. In tal senso, è importante il parere fornito dalla Corte dei Conti, la quale, dando una corretta interpretazione dell'art. 24, l. n. 164/2014 – che viene concepito dal giudice contabile quale applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., "*in quanto consente alla comunità di cittadini di partecipare alla gestione dei servizi relativi alla cura e alla valorizzazione del territorio*", configurando in tal modo legittimo il baratto amministrativo solo ove le attività esercitate a beneficio della comunità siano espressione di una scelta libera e spontanea -, permette di evidenziare gli elementi di saldatura con i Regolamenti sulla gestione condivisa dei beni comuni, prefigurando così un modello relazionale improntato sul principio di sussidiarietà³⁰⁹.

³⁰⁸ *Infra*, Capitolo IV – I regolamenti per i beni comuni e i patti di collaborazione.

³⁰⁹ F. GIGLIONI, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in Riv. trim. di scienza dell'amministrazione, n. 3/2016, p. 15 ss.

2.10.5. Modalità di fruizione degli usi civici urbani (cenni)

Gli *usi civici* sono antichi diritti, nonché forme, più o meno tradizionali, di godimento collettivo della terra spettanti a una collettività di persone che può essere formata da abitanti di un Comune o di una frazione di esso o da appartenenti ad una associazione.

L'espressione usi civici può essere utilizzata con più significati, in senso *chiuso*, intendendo per tali un vero e proprio diritto di proprietà collettiva riconosciuto a comunità caratterizzate da una composizione rigidamente definita e chiusa, o in senso *aperto*, prevedendo un diritto di uso civico su beni altrui, in cui le risorse possono essere attribuite a comunità più aperte, anche se i fondi in godimento collettivo sono di proprietà di soggetti terzi ben individuati³¹⁰.

Un tentativo di regolazione organica di queste forme collettive di godimento avvenne per la prima volta con la legge 16 giugno 1927, n. 1766 – attuata con regolamento contenuto nel R.D. 26 febbraio 1928, n. 332. La normativa è stata elaborata “*per l'accertamento e la liquidazione generale degli usi civici e di qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento per le terre spettanti agli abitanti di un Comune, o di una frazione di Comune, e per la sistemazione delle terre provenienti dalla liquidazione suddetta e delle altre possedute da Comuni, università ed altre associazioni agrarie, comunque denominate, soggette all'esercizio di usi civici*” (art. 1, comma 1). L'intento della legge è quello di ridimensionare la portata degli usi civici, e ciò emerge dall'art. 4, comma 4, secondo cui “*per gli effetti della presente legge sono reputati usi civici i diritti di vendere erbe, stabilire i prezzi dei prodotti, far pagare tasse per il pascolo, ed altri simili, che appartengono al comune sui beni privati. Non vi sono invece comprese le consuetudini di cacciare, spigolare, raccogliere erbe ed altre della stessa natura. Di queste gli utenti rimarranno nell'esercizio, finché non divengano incompatibili*”

³¹⁰ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Celid, 2020, p. 244.

con la migliore destinazione data al fondo dal proprietario". Dalla lettura di tale articolo emergono due volontà: da un lato, quella di attribuire direttamente all'ente comunale gli usi civici, che si risolvono in un potere "politico" sul territorio, disconoscendo la titolarità collettiva e comunitaria degli stessi; dall'altro, quella di riconoscere al proprietario la facoltà di negare la rilevanza degli usi civici a importanti "consuetudini"³¹¹.

Per le terre gravate da usi civici, l'art. 11 prevede la distinzione tra terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente, per le quali il legislatore continua a prevedere forme di uso collettivo, e terreni convenientemente utilizzabili per la coltura agraria, per le quali invece è prevista la ripartizione in unità fondiaria da ripartire, a titolo di enfiteusi, tra le famiglie dei coltivatori diretti.

Negli anni, poi, gli usi civici hanno perso la rilevanza di concreto sostentamento economico di base delle popolazioni utenti, ma hanno acquisito un'importanza rilevante quanto a promozione degli equilibri ecologici e silvo-pastorali, nonché in ambiti come la gestione dei flussi turistici. In tal senso, è intervenuta la Legge Galasso, l. 8 agosto 1985, n. 431, la quale ha introdotto nell'ordinamento una previsione oggi contenuta nell'art. 42, comma 1, lett. h), del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), che prevede come aree tutelate per legge, in quanto di interesse paesaggistico, le zone gravate dagli usi civici.

Per tale motivo, gli usi civici hanno acquistato particolare rilevanza in seno agli studi sui beni comuni, dal momento che configurano forme collettive di proprietà e di godimento legate a sistemi ecologici e sostenibili di uso delle risorse paesaggistiche e territoriali.

Rilevante in questo contesto, pertanto, appare l'introduzione della legge 20 novembre 2017, n. 168, recante "*norme in materia di domini collettivi*".

³¹¹ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 245.

Essa sottolinea, all'art. 3 comma 3, l'inalienabilità, l'indivisibilità, l'iusucapibilità e la perpetua destinazione agro-silvo-pastorale dei beni collettivi. Inoltre, attribuisce ad essi un riconoscimento statale, dal momento che all'art. 1, comma 1, afferma che *“la Repubblica riconosce i domini collettivi, comunque denominati, come ordinamento giuridico primario delle comunità originarie”*. Infine, si sottolinea, all'art. 3, comma 6, che *“l'ordinamento giuridico garantisce l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici per contribuire alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio”*.

È possibile affermare che la materia degli usi civici, adattata ai contesti di vita urbana, può contribuire in maniera efficace a organizzare forme di governo autonome e a garantire l'uso pubblico e l'accessibilità di quelle porzioni di territorio cittadino indentificate come beni comuni urbani³¹².

Con riguardo a ciò, occorre guardare al percorso avvenuto nel Comune di Napoli a partire dal 2011.

La delibera del Consiglio comunale n. 24 del 22 settembre 2011 ha introdotto nello Statuto del Comune la categoria giuridica di *bene comune* all'interno delle “Finalità e valori fondamentali” dello Statuto medesimo e nell'art. 3 afferma che *“Il Comune di Napoli, anche al fine di tutelare le generazioni future, garantisce il pieno riconoscimento dei beni comuni in quanto funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona nel suo contesto ecologico”*³¹³. Tale delibera è stata rilevante con riferimento all'uso civico dell'ex Asilo Filangeri. Questa esperienza nasce con un'occupazione il 2 marzo 2012, quando una comunità di lavoratori e lavoratrici dell'arte e della cultura e alcuni attivisti decidono di prendersi cura di un edificio facente parte del Complesso monumentale di San Gregorio Armeno, riconoscendolo come bene comune urbano.

³¹² R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 247.

³¹³ La delibera è reperibile all'indirizzo https://www.comune.napoli.it/flex/files/9/b/8/D.5ce508de66d661496d2b/Deliberazione_di_c.c._n._24_del_22_settembre_2011.pdf

La Giunta Comunale, con la delibera n. 400 del 25 maggio 2012, decide di destinare il bene di sua proprietà a luogo di sperimentazione di una forma di gestione democratica e comune “*al fine di agevolare la formazione di una prassi costitutiva di “uso civico” del bene comune, in coerenza con una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 43 Cost.*”³¹⁴.

Nel 2015, con la delibera di Giunta n. 893, il Comune di Napoli ha istituzionalizzato l’esperienza dell’ex Asilo³¹⁵: in un senso, il provvedimento amministrativo ha recepito la Dichiarazione d’uso civico e collettivo urbano, redatta dalla comunità di riferimento per la cura e la gestione dell’ex Asilo, come fonte auto-prodotta delle regole in materia di accesso al bene comune e di governo dello stesso³¹⁶; in un altro senso, la delibera ha provveduto a costituire presso l’ex Asilo Filangieri un’Unità Organizzativa ad hoc “con competenze gestionali e logistiche da incardinarsi *ratione materiae* nell’organizzazione comunale”. Inoltre, il Comune ha sgravato degli oneri inerenti alla gestione del bene i cittadini attivi, prevedendo “il supporto agli aspetti gestionali e logistici e comunque l’accessibilità e la fruibilità in funzione delle esigenze realizzative delle attività programmate, la sorveglianza h24 della struttura e il suo inserimento nella rete del wifi pubblico”.

2.11. Il dibattito pubblico

Nel nuovo codice degli appalti pubblici, d.lgs. 50/2016, una delle novità più rilevanti è rappresentata dall’art. 22, rubricato “*Trasparenza nella partecipazione dei portatori di interessi e dibattito pubblico*”, che dà attuazione alle previsioni legislative contenute nelle lett. ppp) e qqq) della legge delega n. 11/2016³¹⁷, relativa

³¹⁴ La delibera è reperibile sul sito www.comune.napoli.it

³¹⁵ La delibera è reperibile sul sito www.comune.napoli.it

³¹⁶ La Dichiarazione dell’ex Asilo è consultabile all’indirizzo <http://www.exasilofilangieri.it/regolamento-duso-civico/>.

³¹⁷ L. 28 gennaio 2016, n. 11 “*Deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014,*

al recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE in materia di appalti pubblici. L'articolo è stato successivamente modificato da correttivo al Codice dei contratti pubblici, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56. La fissazione dei criteri per l'individuazione delle opere sottoposte obbligatoriamente a dibattito pubblico e l'articolazione della relativa procedura sono state attribuite al d.P.C.M. n. 76 del 2018.

Ai sensi dell'art. 22:

1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulla città o sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori.

2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, in relazione ai nuovi interventi avviati dopo la data di entrata in vigore del medesimo decreto, sono fissati i criteri per l'individuazione delle opere di cui al comma 1, distinte per tipologia e soglie dimensionali, per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico, e sono altresì definite le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura. Con il medesimo decreto sono, altresì stabilite le modalità di monitoraggio sull'applicazione dell'istituto del dibattito pubblico. A tal fine è istituita, senza oneri a carico della finanza pubblica, una

sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

commissione presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con il compito di raccogliere e pubblicare informazioni sui dibattiti pubblici in corso di svolgimento o conclusi e di proporre raccomandazioni per lo svolgimento del dibattito pubblico sulla base dell'esperienza maturata. Per la partecipazione alle attività della commissione non sono dovuti compensi, gettoni, emolumenti, indennità o rimborsi di spese comunque denominati. (il provvedimento è stato emanato con d.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76)

3. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore proponente l'opera soggetta a dibattito pubblico indice e cura lo svolgimento della procedura esclusivamente sulla base delle modalità individuate dal decreto di cui al comma 2.

4. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenze di servizi relative all'opera sottoposta al dibattito pubblico.

L'art. 22 introduce nel nostro ordinamento l'istituto del dibattito pubblico, un avanzato strumento di dialogo tra amministrazione, imprese e cittadini nei casi di realizzazioni di opere di rilevante impatto sociale e ambientale.

Si tratta di una procedura partecipativa già prevista in altri ordinamenti, come il *débat public* francese³¹⁸, che permette ai cittadini delle comunità locali interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali aventi impatto sull'ambiente, la città o sull'assetto del territorio di intervenire a monte del processo decisionale relativo all'elaborazione di un progetto di opera pubblica³¹⁹.

³¹⁸ In Francia, il *débat public* ha trovato la sua più compiuta elaborazione e viene generalmente utilizzato per dare alla popolazione la possibilità di essere informata e di discutere su progetti relativi alle c.d. grandi opere, anche se vi sono ipotesi di ricorso ad esso in relazioni a temi eterogenei, come il caso degli organismi geneticamente modificati, in V. MOLASCHI, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018*, in *Rivista giuridica di Urbanistica*, n. 3/2018, p. 388.

³¹⁹ A. BONOMO, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice degli appalti pubblici*, academia.edu, 2018, p. 194 ss.

In particolare, il dibattito pubblico è stato previsto con l'intento di intervenire nell'ambito delle politiche e dell'azione pubblica ad alto tasso di conflittualità, per le opposizioni che generano nelle comunità locali, su cui ricadono più che i benefici, le esternalità negative in termini di conseguenze ambientali e di salute. Al riguardo si parla di *conflitti di prossimità* ovvero di sindromi *Nimby (Not in My Back Yard)* e *Banana (Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything)*³²⁰.

In Francia il *débat public* è stato introdotto con la legge n. 95-101 del 2 febbraio 1995, *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, nota come *Loi Barnier*, a seguito delle contestazioni che avevano investito in quegli anni i grandi progetti infrastrutturali. Dirimente fu il caso della realizzazione della linea ferroviaria di alta velocità Lione-Marsiglia dei primi anni Novanta³²¹.

L'applicazione francese dell'istituto si caratterizza per tre finalità: informare il pubblico, garantendo la diffusione della documentazione riguardante l'opera; dare alla comunità interessate la possibilità di esprimere il proprio parere su di essa, non solo attraverso osservazioni e proposte, ma nel contesto di discussioni e confronti in forma deliberativa; fornire assistenza al committente, offrendogli la possibilità di rapportarsi al punto di vista della popolazione. A seguito del dibattito, la decisione sul progetto viene resa dal committente, il quale deve dichiarare se intende mantenerlo, modificarlo oppure rinunciarvi.

La Francia ha, poi, esteso l'applicabilità dell'istituto a diversi piani e programmi aventi ricadute ambientali e a progetti di riforma delle politiche pubbliche impattanti sull'ambiente e sulla gestione del territorio.

In Italia la conflittualità maggiore è rappresentata dalla linea ferroviaria ad alta velocità Torino-Lione, c.d. TAV³²². In particolare, le contestazioni riguardano l'adozione del modello decisionale *top down*, riassumibile con l'acronimo DAD

³²⁰ In tal senso, si veda, nella scienza giuridica francese, G. SÈNÈCAL, *Conflicts de proximité et coopération, une géographie des acteurs et des interactions sociales*, in 49 Cahier du géographie, 2005, p. 138.

³²¹ V. MOLASCHI, op.cit., p. 389.

³²² In tal senso, si veda A. ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*, Napoli, 2011.

(*Decide, Announce, Defend*)³²³, il quale è stato consacrato sia dalla legge obiettivo, ossia la l. 21 dicembre 2001, n. 443 – la quale ha delegato il Governo ad emanare un decreto legislativo che snellisse le procedure, ivi comprese quella di valutazione di impatto ambientale, riguardanti le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse internazionale – sia dal vecchio Codice degli appalti pubblici, ossia il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – il quale aveva delineato un procedimento in forma accelerata, incidendo sulle garanzie partecipative.

Tale modello ha tenuto ai margini dei processi decisionali le popolazioni interessate, creando così un *deficit* democratico.

In questo contesto nasce l'idea di “trapiantare” il modello del *débat public* francese nel nostro ordinamento, dando vita ad un modello partecipativo collaborativo, in quanto il contributo delle comunità interessate arricchisce il quadro conoscitivo dell'amministrazione pubblica e ne migliora i processi decisionali.

L'introduzione di tale istituto nel nostro ordinamento prima dell'art. 22 del d.lgs. 50/2016 ha avuto un processo graduale: innanzitutto, una prima sperimentazione fu condotta tra il 6 febbraio e il 30 aprile 2009 a Genova, su iniziativa del Comune, sulla proposta di un nuovo tratto autostradale di circa 20 km tra Voltri e Genova Ovest, noto come Gronda di Ponente; in secondo luogo, un ruolo di “apripista” è stato svolto dalla regione Toscana, la quale, con la l. reg. 27 dicembre 2007, n. 69, “*Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali*”, oggi sostituita dalla l. reg. 2 agosto 2013, n. 46, “*Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle*

³²³ In tal senso, L. BOBBIO, *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi inclusivi*, cit., p. 34, secondo cui “*L'amministrazione promotrice: a. prende la sua Decisione al chiuso con i suoi esperti e i suoi tecnici; b. soltanto alla fine, quando la scelta appare solida, argomentata e documentata, la Annuncia al pubblico; c. a quel punto, si apre un vero e proprio assalto alla diligenza e l'amministrazione proponente sarà costretta a Difendere la scelta compiuta con le unghie e con i denti, senza avere la possibilità di migliorarla (se non marginalmente) o di metterla in discussione. La sindrome DAD è assai pericolosa. Rischia di portare allo stallo, all'immobilità, al muro contro muro*”.

politiche regionali e locali”, ha previsto dei casi obbligatori di applicazione del dibattito pubblico, in precedenza esclusivamente facoltativo; in terzo luogo, la regione Puglia, con la l. reg. 13 luglio 2017, n. 28, “*Legge sulla partecipazione*”, ha esteso il dibattito pubblico anche agli atti di programmazione, in particolare al Piano di sviluppo regionale³²⁴.

In primo luogo, occorre sottolineare come nel Codice degli appalti pubblici sia assente una definizione di dibattito pubblico, la quale è stata introdotta solo successivamente ad opera dell’art. 1 del d.P.C.M. 76/2018, secondo cui per dibattito pubblico si intende “*il processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico sull’opportunità, sulle soluzioni progettuali di opere, su progetti o interventi di cui all’Allegato I*” del decreto stesso. Altre indicazioni si ricavano nelle previsioni del d.P.C.M. relative allo svolgimento della procedura, ed in particolare all’art. 8, comma II, ove si afferma che esso “*consiste in incontri di informazione, approfondimento, discussione e gestione dei conflitti, in particolare nei territori direttamente interessati, e nella raccolta di proposte e posizioni da parte di cittadini, associazioni, istituzioni*”.

A differenza di altri modelli partecipativi, l’istituto del dibattito pubblico si caratterizza per modalità partecipative più intense e più estese. Innanzitutto, l’aspetto singolare è che il dibattito pubblico viene avviato nella fase iniziale della vita di un progetto (non a caso, ha ad oggetto lo studio della fattibilità dell’opera), quando tutte le opzioni e le soluzioni sono ancora percorribili. In questo modo, viene testato il suo grado di accettazione da parte della comunità territoriale, puntando sull’informazione e sulla partecipazione degli interessati. In questo aspetto, quindi, si differenzia dall’istituto dell’inchiesta pubblica, che costituisce nel diritto amministrativo una figura procedimentale utilizzata in settori in cui l’attività istruttoria è particolarmente complessa e le esigenze partecipative maggiormente avvertite, in particolare per la molteplicità degli attori coinvolti e per gli interessi sensibili colpiti. Tale istituto permette di coinvolgere attivamente gli

³²⁴ V. MOLASCHI, *op.cit.*, p. 392 ss.

interessati per la realizzazione di una determinata opera pubblica e di analizzare e valutare le posizioni da questi espresse nell'ambito del processo decisionale. Si tratta di un istituto partecipativo rilevante, ma che ha finalità prettamente istruttorie e i cui esiti non sono vincolanti dal momento che il rapporto conclusivo dell'inchiesta verrà acquisito e valutato discrezionalmente dall'amministrazione procedente.

Il dibattito pubblico, invece, rappresenta un istituto di inclusione effettiva dei cittadini nelle scelte infrastrutturali di interesse comune, in quanto permette di consultare la collettività non solo sul *quomodo*, ma anche sull'*an*, e quindi sull'opportunità di realizzare un determinato progetto. Nonché, successivamente alla prima fase di valutazione della fattibilità dell'opera, sugli obiettivi, sulle caratteristiche principali dell'opera, ed anche sugli aspetti specifici legati alle modalità di realizzazione della stessa. In questo modo si realizza una delle due finalità dell'istituto: la democraticità.

L'istituto, poi, persegue l'obiettivo della semplificazione amministrativa in quanto l'apertura dell'istruttoria alla partecipazione dei soggetti coinvolti dalla realizzazione dell'opera assicura una maggiore accettazione sociale ed evita l'eventuale contenzioso. In questo modo, anche la seconda finalità, ossia l'efficienza della decisione pubblica, è realizzata.

2.11.1. L'ambito di applicazione dell'istituto

L'art. 22, primo comma, indica i soggetti che possono – o devono – ricorrere alla procedura del dibattito pubblico, riferendosi sia alle amministrazioni aggiudicatrici sia agli enti aggiudicatori³²⁵. Dunque, l'ambito dei soggetti pubblici legittimati

³²⁵ Si ha, dunque, un'estensione anche nei settori speciali. Infatti, l'art. 3, d.lgs. n. 163/2006, poneva una distinzione tra “*amministrazioni aggiudicatrici*”, intendendosi per tali le Amministrazioni dello Stato, gli Enti pubblici territoriali, gli altri Enti pubblici non economici, gli Organismi di diritto pubblico, ecc., e gli “*enti aggiudicatori*”, che comprendono sia le amministrazioni aggiudicatrici sia le imprese pubbliche, nonché quei “*soggetti che [...] operano in virtù di diritti speciali o esclusivi*”:

all'utilizzo dell'istituto sono sia tutti i soggetti pubblici sia i soggetti che, pur avendo veste privatistica, subiscono un'influenza dominante da parte dello Stato. Con riferimento, invece, ai soggetti che possono partecipare al dibattito pubblico, il primo comma fa riferimento ad una categoria generale di “*portatori di interessi*”. In realtà, nonostante la legge delega n. 11/2016 facesse riferimento alla lett. ppp) ai “*portatori qualificati di interessi*” e alla lett. qq) alle “*comunità locali dei territori interessati*”, la scelta del legislatore è stata quella di non richiedere che l'interesse sia qualificato.

Manca nella legge anche la precisazione se i portatori di interesse per poter partecipare al dibattito pubblico debbano essere precedentemente costituiti in associazioni o comitati rappresentativi di interessi collettivi coerenti con l'attività oggetto del dibattito ovvero se possano costituirsi *ad hoc* in occasione del singolo progetto³²⁶. Questa seconda ipotesi si pone in contrasto con i principi della giurisprudenza amministrativa, secondo i quali la rappresentatività ed effettività degli organismi esponenziali di interessi collettivi deve essere apprezzata *ex ante*³²⁷. Effettivamente circoscrivere la legittimazione alla partecipazione a talune categorie di soggetti titolari di interessi qualificati, perché, ad esempio, legati al territorio, o alle associazioni rappresentative di interessi diffusi evita l'aggravarsi del procedimento, in quanto scongiura le difficoltà nella gestione dei lavori e la strumentalizzazione della partecipazione a fini dilatori o ostruzionistici³²⁸.

Tuttavia, occorre affermare che l'assenza di limitazione nella legittimazione dei soggetti che possono partecipare al dibattito pubblico va valutata con favore ed evita discriminazioni nell'accesso alle informazioni, provenienti dagli attori sociali che conoscono direttamente i problemi specifici e le difficoltà del territorio di

ciò comporta che il riconoscimento di uno scopo pubblico non è in contrasto con il fine lucrativo e come nelle società per azioni non sia sufficiente a modificare la “natura pubblicistica di detti soggetti che, in mano al controllo maggioritario dell'azienda pubblica, continuano ad essere affidatari di rilevanti interessi pubblici.

³²⁶ A. BONOMO, op. cit., p. 204.

³²⁷ In tal senso, Cons. Stato, parere 01/04/2016, n. 855, p. 69.

³²⁸ A. BONOMO, op. cit., p. 204.

riferimento. Del resto, l'impostazione seguita dall'art. 22 si pone in coerenza con le norme in tema di trasparenza: infatti, l'art. 5, d.lgs. n. 33/2013, come modificato dall'art. 6, d.lgs. n. 97/2016, prevede che *“Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto”*.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo dell'istituto, l'art. 22, primo comma, fa riferimento ai *“progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio”*. Anche questa formula appare volutamente ampia e generale: l'unico limite posto è che si tratti di opere pubbliche che abbiano un impatto sociale, ambientale o territoriale.

Il comma II, invece, pone una distinzione tra dibattito pubblico facoltativo e obbligatorio, stabilendo che solo per alcune categorie specifiche, individuate per tipologie e soglie dimensionali con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, adottato entro il 18 aprile 2017, il dibattito pubblico è obbligatorio. Tipologie e soglie dimensionali attengono ai canoni di identificazioni delle opere di tipo oggettivo, riguardanti le caratteristiche delle stesse. Esempi di tipologie di opere sono le autostrade, i tronchi ferroviari per il traffico a grande distanza, gli aeroporti, i porti marittimi e commerciali, ecc.

La locuzione soglie dimensionali, invece, ha un duplice significato: essa si riferisce non solo alle dimensioni vere e proprie dell'opera, ma anche al valore economico. Resta la possibilità, in ogni caso, per gli enti pubblici, di sottoporre facoltativamente a dibattito pubblico altre tipologie di opere.

Occorre sottolineare che il d.P.C.M. 76/2018 disciplina, accanto al dibattito pubblico obbligatorio, altre due ipotesi di indizione dello stesso su richiesta di altri soggetti (art. 3, comma III) ovvero su iniziativa della stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore (art. 3, comma IV).

La prima riguarda le opere di cui all'Allegato 1, di importo compreso tra la soglia ivi indicata e due terzi della medesima. In questi casi, il dibattito pubblico può essere indetto non solo su istanza di soggetti istituzionali, ma anche dei cittadini: si richiede che la domanda provenga da almeno 50.000 elettori nei territori in cui è previsto l'intervento; qualora gli interventi riguardino isole con non più di 100.000 abitanti o il territorio di comuni di montagna, si prevede che l'istanza provenga da almeno un terzo dei cittadini elettori. La domanda di tali soggetti rende l'indizione del dibattito pubblico obbligatorio, in quanto il decreto afferma che, in presenza di tali richieste, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore *indice* il dibattito pubblico.

La seconda riguarda un'ipotesi di dibattito pubblico su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, laddove questi ne rilevino "*l'opportunità*", senza ulteriori specificazioni relative alle esigenze sottostanti. In particolare, all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore è lasciata ampia discrezionalità nella valutazione dell'opportunità del dibattito pubblico, seppur si ritiene che tali esigenze debbano riguardare interventi caratterizzati da particolare rilevanza sociale, impatto ambientale, sul patrimonio culturale e sul paesaggio, sulle città e sull'assetto del territorio³²⁹.

Il d.P.C.M. individua anche i casi in cui il dibattito pubblico non si effettua: si tratta delle opere in materia di difesa e sicurezza di cui all'art. 159 del Codice dei contratti pubblici e di quelle realizzate in caso di somma urgenza e di protezione civile di cui all'art. 163 del medesimo, nonché di quelle in materia di difesa nazionale dall'art. 233 del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, Codice dell'ordinamento militare. A queste occorre aggiungere gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, i restauri, gli adeguamenti tecnologici e i completamenti. Un'ulteriore ipotesi è rappresentata dalle opere già sottoposte a procedura preliminare di consultazione

³²⁹ In tal senso, parere del Cons. Stato, comm. spec., 359/2018.

pubblica sulla base del regolamento UE n. 347 del 17 aprile 2013 sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee ovvero di altra norma europea³³⁰.

2.11.2. Modalità di applicazione

Innanzitutto, ai sensi del comma III, dell'art. 22, la definizione delle modalità di svolgimento e la fissazione del termine di conclusione della procedura del dibattito pubblico è rimessa al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri – d.P.C.M. n. 76 del 2018. La norma, pertanto, si limita a garantire la trasparenza delle procedure, in quanto stabilisce che il progetto di fattibilità, le osservazioni dei soggetti partecipanti e gli esiti del dibattito siano pubblicati *on line*.

Il d.P.C.M. prevede, all'art. 6, che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si avvalga, per la progettazione e la gestione del dibattito pubblico, della collaborazione di una figura specifica: il coordinatore del dibattito pubblico. Tale soggetto "*è individuato tra soggetti di comprovata esperienza e competenza nella gestione di processi partecipativi, ovvero nella gestione ed esecuzione di attività di programmazione e pianificazione in materia infrastrutturale, urbanistica, territoriale e socio-economica*" (art. 6, comma IV). Il coordinatore del dibattito pubblico è individuato, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, dal Ministero competente per materia tra i suoi dirigenti. Se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore è un Ministero, il coordinatore è individuato dalla Presidenza del Consiglio tra i dirigenti delle pubbliche amministrazioni estranei al Ministero interessato.

Nel caso in cui non vi sia un dirigente pubblico in possesso dei requisiti di comprovata esperienza e competenza, l'identificazione dello stesso avverrà attraverso un appalto di servizi regolamentato dal Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, in ottica di rafforzamento della garanzia dell'imparzialità, non possono assumere l'incarico di coordinatore del dibattito pubblico i soggetti residenti o

³³⁰ V. MOLASCHI, *op.cit.*, p. 401.

domiciliati nel territorio di una Provincia o di una Città metropolitana ove la stessa opera è localizzata (art. 6, comma V).

Accanto al coordinatore del dibattito pubblico si è prevista la creazione di una “*commissione presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*”: la Commissione nazionale per il dibattito pubblico (art. 4). La Commissione risulta così composta: a) due rappresentanti, di cui uno con funzioni di Presidente, designati dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti; b) tre rappresentanti designati dal Presidente del Consiglio dei Ministri; c) cinque rappresentanti ciascuno designato, rispettivamente, dal Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, dal Ministro dello sviluppo economico, dal Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, dal Ministro della giustizia e dal Ministro della salute; d) cinque rappresentanti nominati dalla Conferenza unificata, di cui due in rappresentanza delle regioni, uno dall’Unione delle Province d’Italia e due dall’Associazione Nazionale dei Comuni. Il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti può peraltro nominare, su proposta della Commissione, sino a tre esperti competenti in materia di mediazione dei conflitti, progettazione partecipata e dibattito pubblico, che prendono parte ai lavori della Commissione senza diritto di voto.

Tale Commissione, ai sensi del comma II dell’art. 22, ha il compito di monitorare l’applicazione del dibattito pubblico, di raccogliere e pubblicare informazioni su quelli in corso di svolgimento o conclusi e di esprimere raccomandazioni sulla base dell’esperienza maturata.

In particolare, la Commissione, ai sensi del d.P.C.M. n. 76/2018, ha un ruolo di garanzia del corretto svolgimento della procedura del dibattito, con stretto riferimento all’informazione da assicurare durante la stessa e al rispetto della partecipazione del pubblico.

Dal momento che il coordinatore del dibattito pubblico difficilmente ha competenze in materia di mediazione dei conflitti e processi partecipativi, la Commissione fornisce raccomandazioni di carattere generale, che si concretizzano in “linee guida” per lo svolgimento della procedura.

Gli esiti dell'attività di monitoraggio della Commissione confluiscono in una relazione, avente cadenza biennale, presentata al Governo e alle Camere, in cui vengono evidenziate le criticità emerse e suggerite soluzioni finalizzate ad eliminare eventuali squilibri nella partecipazione e ad incentivare forme di contraddittorio.

In base all'art. 22, il dibattito pubblico si apre nella fase di elaborazione del progetto di fattibilità, cui seguono ulteriori due livelli di progettazione, ossia il progetto definitivo ed il progetto esecutivo.

Il progetto di fattibilità deve essere redatto in maniera tale da *“consentire, già in sede di approvazione del progetto medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie”* (art. 23, comma VI). Tale previsione è stata, poi, ripresa dal d.P.C.M., secondo il quale il dibattito *“si svolge nelle fasi iniziali di elaborazione di un progetto di un'opera o di un intervento, in relazione ai contenuti del progetto di fattibilità ovvero del documento di fattibilità delle alternative progettuali”* (art. 5, comma I).

In questo senso, come esplicitato precedentemente, il dibattito pubblico si colloca in un momento anticipato rispetto alla progettazione.

Il comma IV, dell'art. 22, sancisce che *“gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta a dibattito pubblico”*³³¹.

³³¹ L'art. 22, comma IV, va coordinato con l'art. 27, comma III, d.lgs. 50/2016, che disciplina le procedure di approvazione dei progetti relativi ai lavori. Nella conferenza di servizi tutte le amministrazioni e i soggetti invitati, sono obbligati a pronunciarsi sulla localizzazione e sul tracciato dell'opera, anche presentando proposte modificative, nonché a comunicare l'eventuale necessità di opere mitigatrici e compensative dell'impatto. Inoltre, le conclusioni adottate dalla conferenza in merito alla localizzazione o al tracciato possono essere modificate in sede di approvazione dei successivi livelli progettuali, a meno del ritiro e della ripresentazione di un nuovo progetto di fattibilità.

Il d.P.C.M. si occupa, anche, del coordinamento con la procedura di valutazione di impatto ambientale, che trova riferimento nel Codice dell'ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Nel caso in cui sia svolto il dibattito pubblico, quando il proponente presenta l'istanza di VIA³³², presentando in formato elettronico la documentazione necessaria *ex lege*, invia anche i risultati della procedura del dibattito che gli sono stati trasmessi dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

Nel Codice dell'ambiente sono contenute anche le previsioni riguardanti il rapporto tra il dibattito pubblico e gli altri strumenti partecipativi contemplati nella procedura di VIA, in particolare l'inchiesta pubblica, che può essere attivata solo nel caso in cui non vi sia stata la procedura di dibattito pubblico.

2.11.3. Considerazioni conclusive

Innanzitutto, occorre osservare che nel panorama che riguarda il processo di democratizzazione delle dinamiche procedurali il dibattito pubblico è l'unico istituto a superare la concezione della partecipazione in un'ottica difensiva e oppositiva, bensì la maggior sensibilità che il nostro ordinamento ha mostrato in materia ambientale e di governo ha permesso un decisivo rafforzamento delle garanzie, costruendo un modello di partecipazione collaborativo.

Tuttavia, l'aspetto più controverso della disciplina del dibattito pubblico è rappresentato dalla mancanza di neutralità del soggetto responsabile dello svolgimento del dibattito pubblico, che può avere implicazioni anche sulle modalità di svolgimento dello stesso.

³³² A tal proposito, giova ricordare la differenza tra VIA (Valutazione Impatto Ambientale) e VAS (Valutazione Ambientale Strategica). La finalità è la medesima: garantire che lo svilupparsi delle attività umane sia compatibile con l'ambiente. Tuttavia, la VIA è una procedura utilizzata per la valutazione dei progetti e delle singole opere e si adotta nella fase di progettazione: infatti, il principio che regola la sua attuazione è quello della prevenzione del rischio.

La VAS è un processo che valuta gli effetti dello sviluppo di piani e programmi territoriali e si adotta in una fase di pianificazione e programmazione territoriale: infatti, questa valuta gli effetti ambientali che possono verificarsi con la messa in opera di piani e progetti, prevedendo le potenziali risposte ambientali.

La conduzione delle procedure di dibattito pubblico spetta alla stessa amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, che non sono soggetti terzi rispetto alle decisioni riguardanti l'opera. In questo senso, la previsione di un organismo terzo, in posizione di arbitro, sicuramente consentirebbe un maggiore equilibrio e imparzialità.

Analoghe perplessità riguardano lo svolgimento dei compiti di monitoraggio della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, che svolge compiti dimidiati. Inoltre, la sua composizione è espressione della compagine governativa, il che potrebbe condurre a strumentalizzazioni. Per questa ragione, da più parti si è sottolineata la necessità che nei procedimenti localizzativi e di realizzazione delle grandi opere vi sia una distinzione tra i soggetti che hanno compiti istruttori e decisionali e quelli chiamati a garantire l'informazione e la partecipazione nelle procedure del dibattito.

Tale problema di neutralità potrebbe condurre ad un indebolimento della legittimazione delle decisioni pubbliche, con conseguenti criticità sul piano della prevenzione o attenuazione della conflittualità sociale che tale istituto si prefigge.

CAPITOLO III

TRA PROCEDIMENTO E PROCESSO: IL PROBLEMA DEGLI INTERESSI SUPER-INDIVIDUALI

3.1. L'intervento *eventuale* nel procedimento amministrativo

Un *giusto* procedimento si realizza attraverso la partecipazione dei cittadini all'attività interna della pubblica amministrazione. Pertanto, la l. n. 241/1990 ha sancito la natura *partecipativa* del procedimento amministrativo attraverso la previsione della facoltà di intervento da parte dei soggetti contemplati all'art. 7 e all'art. 9 della stessa. Ciò a garanzia dell'imparzialità, del buon andamento e della trasparenza dell'attività amministrativa.

Tuttavia, l'ordinamento non riconosce a *chiunque* la facoltà di prendere parte al procedimento amministrativo, ma circoscrive la categoria degli interventori.

Ai sensi dell'art. 7, coloro che hanno la facoltà di intervenire nel procedimento amministrativo sono le c.d. *parti necessarie*, cioè i soggetti che subiscono un effetto diretto dall'emanazione del provvedimento finale e coloro che per legge debbono intervenire. In secondo luogo, l'articolo contempla anche quali interventori necessari "*i soggetti individuati o facilmente individuabili*", che possono subire un pregiudizio dal provvedimento.

Di questi soggetti si è ampiamente discusso nel paragrafo dedicato alla comunicazione di avvio del procedimento³³³.

L'art. 9 individua le c.d. *parti eventuali* nei "soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché nei portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento".

Dunque, la legge individua due requisiti necessari per poter intervenire nel procedimento: la titolarità di un determinato interesse – pubblico, privato o diffuso

³³³ *Supra*, Paragrafo 2.5 La comunicazione di avvio del procedimento, in Capitolo II – La partecipazione al procedimento amministrativo.

– e la sussistenza di un possibile danno a questo interesse derivante dal provvedimento finale.

Con riferimento al primo requisito, non è sufficiente la titolarità di un mero interesse di fatto, quale ad esempio un generico interesse alla trasparenza e al buon andamento dell'azione amministrativa.

Inoltre, è necessario che l'interesse giuridico sostanziale sia strettamente connesso allo specifico procedimento instaurato.

Il secondo requisito, invece, trae origine dal modello difensivo di partecipazione: il soggetto interviene per opporsi all'emanazione di un determinato provvedimento amministrativo che gli arreca pregiudizio. A tal proposito, in dottrina si è sostenuto che il pregiudizio richiesto *ex art. 9* debba essere inteso sia “*nel senso di danno, di lesione alla posizione soggettiva, che nel senso di minor vantaggio possibile*”, ammettendo pertanto l'intervento nel procedimento a “*tutti coloro ai quali dal provvedimento deriva un qualche effetto sulla propria posizione giuridica*”, cioè sia chi si opponga al provvedimento sia chi vi sia favorevole³³⁴.

Quanto alle categorie contemplate dall'art. 9,

- i portatori di interessi pubblici, cui possa derivare un pregiudizio, sono le amministrazioni pubbliche, diverse da quella procedente, che devono essere interpellate dal responsabile del procedimento ai fini dell'acquisizione delle determinazioni. Queste possono sempre intervenire per tutelare il proprio interesse istituzionale.

Nel contesto di una diversa gradazione del termine *pubblico*, dovuta alla composita articolazione dell'amministrazione in senso soggettivo e alla sua dimensione pluralista, emerge la necessità di coordinare i diversi interessi pubblici, talora antagonisti. Pertanto, i soggetti portatori di interessi pubblici intervengono nel procedimento in funzione *difensiva*, per evitare un pregiudizio alla propria posizione soggettiva;

³³⁴ C. E. GALLO, *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, p. 89.

- i portatori di interessi privati sono i soggetti terzi, cioè coloro che non sono destinatari degli effetti diretti del provvedimento finale. In particolare, si tratta di quei soggetti, pregiudicati dal provvedimento, non individuati né facilmente individuabili. In questo senso, l'art. 9 costituisce una *norma di chiusura* sulla partecipazione attraverso cui porre rimedio ai possibili inconvenienti causati dall'incompleta attuazione dell'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, in virtù del principio di buon andamento, che esime l'amministrazione dal compiere ricerche particolarmente complesse³³⁵.
Una tesi sostenuta in dottrina da Mannucci tende a disconoscere la differenza tra gli interventori di cui all'art. 7, individuati o facilmente individuabili – destinatari della comunicazione di avvio del procedimento – e gli interventori di cui all'art. 9 – i quali vengono a conoscenza per via autonoma del procedimento. In particolare, secondo questo filone dottrinale, i destinatari della comunicazione di avvio del procedimento sono i titolari di “una posizione qualificata e differenziata, che può essere incisa dal provvedimento finale”, mentre potrebbero intervenire volontariamente nel procedimento anche i titolari di interessi non qualificati e non differenziati, nei confronti dei quali il provvedimento può provocare un pregiudizio anche di mero fatto³³⁶;
- da ultimo, alcune questioni sorgono in relazione ai portatori di interessi diffusi. Innanzitutto, l'ordinamento utilizza impropriamente il termine *interessi diffusi*, in quanto in realtà gli interessi fatti valere da enti costituiti in associazioni o comitati sono *collettivi*. Prendendo come riferimento la distinzione chiarita dalla giurisprudenza, l'interesse diffuso è “*un interesse privo di titolare, latente nella comunità e ancora allo stato fluido, in quanto comune a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente*”, mentre l'interesse collettivo è “*quell'interesse che fa capo a un ente*”

³³⁵ M. C. ROMANO, *L'intervento nel procedimento. La legittimazione procedimentale dei portatori di interessi diffusi*, in A. Romano, *L'azione amministrativa*, Giappichelli Editore, 2016, p. 349.

³³⁶ G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, pp. 212-214.

*esponenziale di un gruppo non occasionale, della più varia natura giuridica, ma autonomamente individuabile*³³⁷.

Pertanto, per intervenire nel procedimento amministrativo occorre un interesse proprio di un gruppo e non di una pluralità indifferenziata di soggetti. Ed è proprio la costituzione in associazioni o comitati che fa perdere agli interessi diffusi la peculiare caratteristica di “*interessi adespoti*”, trasformandoli in interessi collettivi, in ragione della loro riferibilità ad un centro organizzativo, che ne consente l'autonoma individuazione.

La previsione dell'intervento al procedimento ad enti esponenziali ha come finalità quella di dare rilevanza giuridica ad interessi che non sono riconoscibili in capo a singoli.

Nonostante la legge non richieda, ai fini della legittimazione, un riconoscimento governativo di tali centri organizzativi, si ritiene che l'amministrazione procedente debba comunque compiere una verifica sia dello statuto sia che l'attività svolta dal centro persegua effettivamente l'interesse di cui si dichiara portatore.

In ogni caso, è sempre il giudice amministrativo che di volta in volta individua i requisiti necessari per riconoscere a un dato organismo la qualità di ente esponenziale di interesse collettivi, come la presenza di una stabile organizzazione, il possesso della personalità giuridica, il collegamento territoriale tra l'ente e la zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva e così via³³⁸.

Tali soggetti intervengono nel procedimento in via autonoma, quanto per altra via sono venuti a conoscenza dell'apertura del procedimento, pertanto, a differenza degli interventori *ex art. 7*, non ricevono la comunicazione di avvio del procedimento e non hanno neppure diritto a specifiche informazioni riguardanti l'inizio e lo svolgimento dei subprocedimenti correlati al procedimento principale

³³⁷ In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 11/07/2008, n. 3507.

³³⁸ M. RAMAJOLI, *L'intervento nel procedimento*, in M. A. SANDULLI, op. cit., p. 602.

nel quale intervengono, né riguardo alle fasi del procedimento principale stesso. Tuttavia, anche ad essi è riconosciuta la facoltà di cui all'art. 10 e all'art. 11 della legge: presentazione di memorie scritte e documenti, diritto di accesso agli atti del procedimento e stipula di accordi procedimentali e sostitutivi. Restano esclusi dall'obbligo di preavviso di diniego *ex art. 10-bis*, di cui solo i destinatari degli effetti diretti del provvedimento hanno diritto.

3.2. Interessi diffusi e interessi collettivi

3.2.1. Questione terminologica

In tema di interessi diffusi, dall'art. 9 della l. n. 241/1990 emerge a prima vista un problema terminologico.

I contributi più risalenti mostrano sul piano lessicale un andamento incerto: inizialmente, si privilegiava la nozione di “interessi collettivi”; successivamente fu valorizzata la formula più moderna di “interessi diffusi”. Tuttavia, al tempo, tali nozioni erano considerate interscambiabili, a tal punto da essere fuse nell'espressione “interessi diffusi della collettività”³³⁹.

Seppur in dottrina e in giurisprudenza è ormai consolidato che per *diffuso* s'intenda l'interesse che appartiene a un insieme indefinito di soggetti e per *collettivo* l'interesse che appartiene a gruppi di soggetti definiti e dotati di centri organizzativi³⁴⁰, tali termini non trovano pieno riscontro né nel linguaggio legislativo né nella dottrina amministrativistica. Innanzitutto, l'art. 144, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, ove fa riferimento in materia ambientale alle “*associazioni portatrici di interessi diffusi*”, sembra far riferimento all'accezione accolta in dottrina e in giurisprudenza. Invece, l'art. 9, l. 7 agosto 1990, n. 241, ove parla de

³³⁹ M. C. ROMANO, op. cit., p. 353.

³⁴⁰ R. FERRARA, *Interessi diffusi e collettivi*, in *D. disc. pubbl.*, VIII, 1993; Cons. Stato, sez. VI, 11/07/2008, n. 3507.

“i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati”, utilizza una terminologia errata, intendendosi per tali gli interessi collettivi, dal momento che si fa riferimento a centri organizzativi.

Altre disposizioni, quali, ad esempio, l’art. 1, l. 30 luglio 1998, n. 281, ove si riferisce a “i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti”, utilizza impropriamente il termine *interessi collettivi*, dal momento che i consumatori e gli utenti sono due categorie di soggetti prive di confini precisi e tendenzialmente coincidenti con l’intera collettività.

Da ultimo, occorre evidenziare come la dottrina amministrativistica utilizzi per definire l’insieme degli interessi diffusi e collettivi diverse espressioni, quali “*interessi superindividuali*” o “*interessi sovraindividuali*”³⁴¹, o ancora “*interessi metaindividuali*”³⁴², senza tuttavia variazioni semantiche di rilievo.

Le incertezze lessicali riflettono la difficoltà di sistemazione degli interessi diffusi nel nostro ordinamento.

3.2.2. L’origine degli interessi collettivi e diffusi

Nello Stato liberale ottocentesco gli interessi erano strettamente legati ad assetti individualistici. Pertanto, assumevano meritevolezza di tutela, e pertanto erano giuridicamente rilevanti, solo le posizioni individuali, mentre ciò che non apparteneva all’individuo in via esclusiva entrava a far parte del campo dell’irrilevante. Gli interessi non strettamente individuali erano destinati a ricevere una tutela meramente oggettiva.

In questo contesto, assume rilevanza l’art. 24 della l. 31 marzo 1889, n. 5992, transitato nell’art. 26 t.u. Consiglio di Stato, secondo cui il Consiglio di Stato decide sui ricorsi che abbiano per oggetto “*un interesse d’individui e di enti morali giuridici*”. Si ergono pertanto due poli: da un lato, il diritto soggettivo, e, dall’altro

³⁴¹ R. FERRARA, *op.cit.*

³⁴² R. LOMBARDI, *La tutela delle posizioni giuridiche metaindividuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008.

lato, l'azione popolare, e quindi una concezione soggettiva e una concezione oggettiva del processo amministrativo³⁴³.

In origine, si riteneva che la giurisdizione del Consiglio di Stato fosse *oggettiva*, volta cioè a restaurare la legalità violata più che a tutelare gli interessi dei singoli cittadini.

L'interessamento per gli interessi collettivi, ed in particolare per la loro tutela innanzi alla giustizia amministrativa, nasce con gli studi di Bonaudi negli anni Dieci del Novecento³⁴⁴. In particolare, egli, criticando la giurisprudenza del Consiglio di Stato che aveva negato alle associazioni di imprenditori e di professionisti la legittimazione a ricorrere per la tutela degli interessi delle categorie di riferimento, proponeva l'inserimento nel nostro ordinamento dei principi elaborati dalla giurisprudenza francese, *“per cui l'azione collettiva deve essere consentita sotto forma di ricorso contro gli atti amministrativi che ledono l'esercizio normale di una professione, ossia, generalizzando il principio, contro tutti gli atti che, mentre ledono una norma di diritto obiettivo, ledono ad un tempo gli interessi di una collettività di persone”*³⁴⁵.

Nondimeno, negli anni Sessanta del Novecento la giurisprudenza amministrativa intendeva l'interesse legittimo come posizione giuridica qualificata, differenziata e personale al pari degli schemi individualistici del diritto soggettivo. Nonostante ciò, la parificazione tra interesse legittimo e diritto soggettivo non era piena, in quanto la risarcibilità dei primi fu ammessa solo con la notoria sentenza di Cassazione, SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500.

³⁴³ G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in Enciclopedia del diritto, Annali VII, 2014, p. 514 ss.

³⁴⁴ E. BONAUDI, *La tutela degli interessi collettivi*, Torino, 1911.

³⁴⁵ E. BONAUDI, op. cit., p. 176.

Tuttavia, la dottrina riteneva dominante nell'atteggiamento della giurisprudenza la tutela degli interessi dei singoli, contrapponendoli, ai fini dell'invocabilità della tutela, agli interessi collettivi³⁴⁶.

La discussione vera e propria sulla tutela giurisdizionale degli interessi diffusi inizia negli anni Settanta del Novecento.

La tutela di questi *nuovi diritti*³⁴⁷ è stata ricollegata a diversi principi costituzionali:

- innanzitutto, al pluralismo sociale, riconosciuto dall'art. 2 Cost., ove gli interessi diffusi vengono intesi come “*interessi sociali [...] che non sono di nessun individuo a titolo esclusivo, ma sono di tutti gli individui a titolo sociale*”³⁴⁸;
- in secondo luogo, in virtù dell'art. 1 Cost., ad una più compiuta attuazione del principio democratico, in quanto, tutelando gli interessi diffusi, si realizza la partecipazione popolare alla funzione giurisdizionale³⁴⁹.

In tal caso si parla di c.d. *partecipazione istituzionale*, in quanto la partecipazione delle formazioni sociali – manifestazione della personalità dell'individuo – contribuisce non solo alla realizzazione dell'imparzialità amministrativa, attraverso la rappresentazione dei loro interessi nell'istruttoria procedimentale, ma anche del principio democratico, in virtù del collegamento tra l'art. 2 Cost. e l'art. 1 Cost.³⁵⁰

La necessità di apprestare una tutela agli interessi diffusi trova la sua *ratio* nella crisi della rappresentanza politica di quegli anni. Una maggiore democraticità, infatti, poteva essere realizzata attraverso la partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa.

³⁴⁶ G. SCOCA, *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Atti del convegno di studio - Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, 1976, p. 46.

³⁴⁷ S. RODOTÀ, *Le azioni civilistiche*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio - Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, 1976, cit., p. 81 ss.

³⁴⁸ G. BERTI, *Interessi senza struttura (i c.d. interessi diffusi)*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, 1982, cit., p. 79.

³⁴⁹ V. DENTI, *Relazione introduttiva*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio - Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, 1976, p. 3.

³⁵⁰ M. C. ROMANO, op. cit., p. 352.

La previsione di forme di tutela degli interessi diffusi, poi, ha trovato spazio negli ordinamenti di diversi Paesi dell'Europa occidentale attraverso due schemi distinti. Il primo, realizzato in Francia, attraverso la legge Royer del 1973 (l. 27 dicembre 1973, n. 73-1193), prevedeva l'attribuzione della legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori al fine di tutelare gli interessi di una categoria alle associazioni riconosciute come rappresentative della categoria medesima dalle autorità pubbliche³⁵¹.

Il secondo, realizzato negli Stati Uniti, attraverso la *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938 (entrate in vigore il 16 settembre 1938), riconosceva la legittimazione ad agire ai singoli componenti della categoria sociale interessata, prevedendo però meccanismi di estensione degli effetti della decisione a tutti i componenti della categoria (la c.d. *class action*)³⁵².

Negli stessi anni anche nel nostro Paese si verificò un superamento negli assetti individualistici dal punto di vista sia normativo sia giurisprudenziale.

Dal punto di vista normativo, nel senso dell'affermazione di sistemi di tutela non individualistici l'art. 28 dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970, n. 300) introduceva l'azione degli “*organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse*” per la repressione delle condotte antisindacali.

Dal punto di vista giurisprudenziale, note furono le decisioni del Consiglio di Stato: innanzitutto, si riconosceva la legittimazione a ricorrere all'associazione *Italia nostra* nei confronti di provvedimenti lesivi del patrimonio naturale, ritenendo che le finalità dello statuto erano idonee a porla “*in posizione differenziata rispetto al comune cittadino, il quale non può vantare alcun titolo, fuor della appartenenza alla comunità nazionale, ad agire per la tutela di un interesse pubblico diffuso*”³⁵³; in secondo luogo, avverso gli atti di assenso edilizio sono legittimati a ricorrere non solo i proprietari degli immobili insistenti *in loco*, ma anche “*chi sia in una stabile*

³⁵¹ G. MANFREDI, op. cit., p. 516.

³⁵² G. MANFREDI, op. cit., p. 516-517.

³⁵³ Cons. St., sez. V, 9 marzo 1973, n. 253.

relazione con il luogo”, pertanto si prendeva in considerazione anche la lesione di un interesse differenziato, ma non personale³⁵⁴.

Nonostante alcune aperture progressive volte ad ampliare la tutela degli interessi diffusi, questi continuavano ad essere considerati *adespoti*, cioè privi di un titolare, pertanto incompatibili con le sistemazioni consuete del diritto soggettivo.

A tal proposito, la dottrina ha teorizzato due soluzioni differenti per riconoscere la tutela auspicata.

La prima mirava a mutare gli assetti consueti delle posizioni soggettive e/o del processo in senso oggettivo. Ad esempio, Romano considerava la necessità di “sganciare la giurisdizione amministrativa dalla tutela dell’interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale. Tale giurisdizione verrebbe così configurata come avente ad oggetto la mera legittimità del provvedimento impugnato. L’interesse individuale rimarrebbe pur sempre come un dato ineliminabile del processo in quanto tale, però sarebbe presente non più in termini di una situazione giuridica soggettiva a carattere sostanziale, ma solo come un’entità di fatto; e non più come oggetto della tutela giurisdizionale, ma solo come presupposto per chiedere il sindacato sulla legittimità del provvedimento impugnato. In tal modo, la tutelabilità degli interessi c.d. diffusi sarebbe chiaramente ampliata: perché l’interesse individuale di fatto configurato solo come presupposto del ricorso potrebbe non essere connesso con la norma che si assume sia stata violata dal provvedimento impugnato; e più facilmente potrebbe essere rintracciato anche in quelle ipotesi nelle quali l’elemento individualistico tende a sbiadirsi per la sua generalizzazione”³⁵⁵.

La seconda conduceva a mutare la natura stessa degli interessi diffusi in interessi collettivi. In particolare, Ferrara riteneva che per rendere giuridicamente rilevanti

³⁵⁴ Cons. St., sez. V, 9 giugno 1970, n. 523, il quale affermava tuttavia che il comma 9 dell’art. 10 della legge ponte 6 agosto 1967, n. 765 – *chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia* – non avesse introdotto una nuova forma di azione popolare in materia edilizia.

³⁵⁵ A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi c.d. diffusi*, jstor.org, 1978, p. 10.

gli interessi diffusi, e quindi per assimilarli agli interessi legittimi, era necessario che l'intervento nel procedimento amministrativo avvenisse ad opera di aggregazioni sociali portatrici di interessi superindividuali³⁵⁶. Nello stesso senso, Giannini sosteneva che "l'introduzione e la difesa di questi interessi nel procedimento richiede un minimo di formalizzazione che ne investe l'aspetto soggettivo: si richiede che il loro portatore sia una figura soggettiva ammessa nell'ordinamento come portatore di interessi non solamente individuali, quindi un organo di un ente pubblico con legittimazione propria, un ente pubblico, un ente privato, un'associazione senza personalità"³⁵⁷.

Tuttavia, occorre affermare anticipatamente che oggi l'interesse *diffuso* non è ricondotto tra le situazioni soggettive sostanziali tutelabili direttamente davanti al giudice, come ha ancora recentemente ribadito l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 20 febbraio 2020, n. 6).

3.3. Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale

L'art. 9, l. 241/1990, e la tematica degli interessi diffusi pongono la questione se la partecipazione al procedimento amministrativo possa costituire titolo di legittimazione processuale. La risposta a tale quesito ha due differenti soluzioni a secondo del modello scelto nel rapporto tra procedimento e processo: il modello dell'integrazione ed il modello della separazione.

La tesi favorevole, sostenuta dalla giurisprudenza e dottrina minoritaria, accorda la legittimazione processuale agli interventori *ex art. 9* sulla base di una stretta integrazione tra processo e procedimento.

³⁵⁶ R. FERRARA, op. cit., p. 481 ss.

³⁵⁷ M. S. GIANNINI, *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio - Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, 1976, cit., p. 33.

La tesi sfavorevole, invece, nell'ottica di una separazione tra procedimento e processo, afferma che l'intervento nel procedimento non determini *ex se* la legittimazione processuale.

3.3.1. Modello dell'integrazione

Secondo il modello dell'integrazione, il procedimento è il luogo in cui hanno sede interessi carenti di un radicamento soggettivo, che vengono ordinati nella sequenza procedimentale che dà luogo all'emanazione del provvedimento finale.

In tal modo, gli interessi diffusi vengono soggettivati in capo all'ente esponenziale, che di conseguenza acquista un ruolo rilevante come parte del procedimento, e di conseguenza come possibile parte del processo: la democraticità del procedimento e la sua valenza organizzativa rispetto agli interessi che vi emergono crea una stretta equazione tra legittimazione procedimentale e legittimazione processuale³⁵⁸.

Il fatto che l'art. 9 comprenda tra gli interventori del procedimento anche i soggetti portatori di interessi diffusi implica che a questi sia riconosciuta specularmente anche la legittimazione processuale.

Sulla stessa scia, vi è chi ha sostenuto la possibilità di riconoscere “alla partecipazione di un soggetto, che si può definire terzo rispetto a un rapporto autorità/privato, formalizzato in un procedimento, il valore di titolo di legittimazione per l'impugnazione della decisione o del provvedimento conseguente”³⁵⁹. E, nel caso in cui questo non avvenisse, si potrebbe configurare una violazione degli artt. 24 e 113 Cost., poiché il diritto di partecipazione comporta l'attribuzione del correlativo diritto di azione per la tutela giurisdizionale.

Sulla stessa linea, vi è anche chi sostiene che la corrispondenza tra legittimazione procedimentale e legittimazione processuale sia originata dall'identità della situazione soggettiva – cioè dell'interesse sostanziale e non procedimentale – che,

³⁵⁸ M. C. ROMANO, *L'intervento nel procedimento. La legittimazione procedimentale dei portatori di interessi diffusi*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, 2016, p. 369.

³⁵⁹ R. LOMBARDI, op. cit., p. 116.

da un lato, consente l'ingresso nel procedimento e, dall'altro, permette l'accesso alla tutela giurisdizionale. In particolare, Cognetti ritiene che alla facoltà degli intervenienti di presentare memorie e documenti corrisponda un preciso obbligo in capo all'amministrazione di valutarne i contenuti e, pertanto, a tale obbligo si colleghi la possibilità per i soggetti intervenienti di far valere in sede giurisdizionale il mancato rispetto. Questo perché altrimenti sarebbe poco coerente non far valere "giuridicamente in una sede quanto è consentito far valere giuridicamente in un'altra"³⁶⁰. La *ratio*, inoltre, è che, se la partecipazione fosse ridotta alla semplice facoltà di esprimersi nel procedimento, non avrebbe alcun peso giuridico, perché non permetterebbe che gli interessi rappresentati dai soggetti intervenienti siano effettivamente acquisiti al procedimento. Pertanto, laddove l'obbligo giuridico di valutare le memorie e i documenti non sia rispettato, si tradurrebbe non in un vizio meramente formale, consistente nella censura della generalità della motivazione, ma in un vizio sostanziale, consistente nella non ponderazione di tutti gli interessi sottesi al procedimento, che in quanto tale può essere tutelato in sede processuale. Inoltre, sempre nell'ottica dell'integrazione tra processo e procedimento, si colloca chi introduce il concetto di "*partecipazione influente*". Sostanzialmente, il nesso tra legittimazione procedimentale e legittimazione processuale sussiste solo ove l'ordinamento protegga il soggetto partecipante, accordandogli specifiche facoltà, che gli consentano di "influenzare" gli esiti della decisione finale. Nello specifico, Duret sostiene che per partecipazione influente s'intende la "*partecipazione condizionata dal pregiudizio potenzialmente derivante dal provvedimento, come partecipazione attiva, come partecipazione caratterizzata da un nesso di pertinenza con l'oggetto del procedimento*"³⁶¹. Pertanto, solo una partecipazione che sia pertinente con l'oggetto del procedimento, e quindi *influyente*, costituisce titolo di legittimazione processuale.

³⁶⁰ S. COGNETTI, *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Giuffrè Editore, 2000, p. 58 ss.

³⁶¹ P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, p. 227 ss.

Non riconoscere una stretta equazione tra procedimento e processo condurrebbe, pertanto, ad elidere la tutela della posizione di chi partecipa al procedimento, e ciò in contrasto con la centralità che il procedimento attribuisce alle implicazioni della partecipazione, in particolare in termini di evidenza degli interessi non solo immediatamente incisi, ma anche “interferenti” con la funzione amministrativa. Inoltre, non si comprenderebbe perché l’interesse plurisoggettivo debba essere differenziato e qualificato, e in quanto tale “a rischio di pregiudizio”, solamente ai fini della partecipazione, e non nell’ottica della legittimazione a ricorrere in giudizio. In altri termini, una volta che ai fini della partecipazione procedimentale si ritenga indispensabile effettuare un giudizio sulla rilevanza giuridica, quest’ultimo deve pertanto ritenersi sufficiente per accertare la legittimazione processuale³⁶².

3.3.2. Modello della separazione

La tesi maggiormente consolidata nega l’equazione tra legittimazione procedimentale e processuale, sostenendo che la relazione tra un bene e un soggetto, solo laddove sia protetta da una norma specifica – diversa dalla norma che legittima la partecipazione – consente al soggetto partecipante di impugnare il provvedimento finale ove lesivo della sua situazione giuridica soggettiva. In questo senso, ciò che costituisce titolo per la legittimazione processuale è la relazione qualificata, cioè normativamente protetta, tra soggetto interveniente e bene coinvolto nel procedimento, e non dalla previa partecipazione procedimentale³⁶³. Pertanto, la circostanza che l’art. 9 accordi la legittimazione procedimentale ai soggetti portatori di interessi “superindividuali” non esclude *in toto* ogni forma di tutela, ma la restringe: la tutela non riguarderà la contestazione della legittimità

³⁶² C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli Editore, 2012, p. 236 ss.

³⁶³ M. C. ROMANO, *op. cit.*, p. 370.

delle scelte dell'amministrazione, ma sarà circoscritta alla tutela dell'interesse partecipativo³⁶⁴.

La pluralità di soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento *ex art. 9* non sono *ex se* legittimati ad agire in giudizio, in virtù della previa partecipazione procedimentale, bensì occorre una norma, che modelli la relazione qualificata tra il bene ed il soggetto sotto il profilo partecipativo.

Peraltro, un conto è la tutela riguardante l'impugnazione del provvedimento finale, altro conto è la tutela concernente i vizi della partecipazione. Da qui, nasce l'esigenza di trovare forme alternative del c.d. *interesse partecipativo*, che si traducono o nel principio di immediata impugnabilità degli atti procedimentali o in meccanismi più incisivi, atti a garantire al cittadino una più influente partecipazione nella scelta amministrativa – come l'art. 10-*bis*, l. 241/1990³⁶⁵.

Dunque, la teoria della separazione tra procedimento e processo lascia impregiudicata la questione relativa ai limiti entro cui riconoscere la tutela in sede giurisdizionale degli interessi diffusi e la non vincolatività per il giudice amministrativo delle scelte operate dall'autorità amministrativa in tema di intervento nel procedimento.

A sostegno di tale tesi, di norma, si introduce nel discorso una sentenza del Consiglio di Stato del 2008, che aveva disconosciuto al Codacons, seppur legittimato ad intervenire nel procedimento a tutela degli interessi diffusi di categoria contro la violazione da parte delle compagnie di assicurazione delle norme in materia di concorrenza, di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la qualità di controinteressato e di parte necessaria nella notificazione dell'impugnazione degli atti dell'Autorità medesima, ritenendo che la sua posizione non si distingue da quella comune a tutti i cittadini utenti dei servizi assicurativi, consistente nell'interesse al buon funzionamento del mercato assicurativo in rigorosa applicazione di regole concorrenziali³⁶⁶.

³⁶⁴ M. RAMAJOLI, op. cit., p. 522 ss.

³⁶⁵ M. C. ROMANO, op. cit., p. 371.

³⁶⁶ Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3234.

Sulla stessa scia, si colloca anche un'altra sentenza del Consiglio di Stato del 2016, la quale, nell'ottica di una restrizione della tutela degli interessi superindividuali, ritiene che, in virtù del divieto di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, *“fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”*³⁶⁷. Il ragionamento della Corte si discosta dall'impostazione più “tradizionale”, propensa ad estendere le maglie della legittimazione, collettivizzando l'interesse diffuso, e individua nel legislatore la figura atta a predisporre forme e modalità specifiche di tutela. Pertanto, la tutela, precedentemente rimessa in via giurisprudenziale all'iniziativa spontanea di associazioni e gruppi, è *“istituzionalizza”*, poiché è il legislatore ad individuare sia chi può agire sia le azioni esperibili. Pertanto, la Corte conclude ritenendo che il divieto di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.* postula che, anche per gli enti esponenziali, la possibilità di agire in giudizio in nome proprio a tutela di interessi diffusi dei soggetti appartenenti alla categoria, debba rinvenire un preciso riferimento normativo al di fuori del quale non vi sono margini di operatività³⁶⁸.

Di contro, in questo panorama, si è recentemente introdotta una sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che si discosta dall'orientamento restrittivo appena esposto e statuisce che *“gli enti associativi esponenziali, iscritti nell'apposito elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso”*³⁶⁹.

L'Adunanza ha rilevato come il divieto di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, argomento a sostegno dell'orientamento restrittivo per negare la legittimazione

³⁶⁷ Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303.

³⁶⁸ A. FRANCESCHI, *L'adunanza plenaria sulla legittimazione generale degli enti esponenziali in relazione alla tutela degli interessi collettivi*, www.salvisjuribus.it, 2020.

³⁶⁹ Ad. Plen. Cons. Stato, 20 febbraio 2020, n. 6.

generale degli enti esponenziali alla tutela degli interessi collettivi, non sia pertinente. Infatti, è da negare che gli enti associativi esponenziali azionino un diritto *altrui* quando agiscono in giudizio, bensì essi fanno valere una situazione propria, dal momento che l'interesse diffuso, presente allo stato fluido nella comunità di riferimento, si personalizza in capo all'ente, divenendo così un interesse suo proprio.

Inoltre, la tipizzazione normativa delle azioni esperibili da parte dell'ente esponenziale in ambito civilistico non può essere trasposta in campo amministrativo, perché l'interesse pubblico, come sottolineato dal Consiglio di Stato, dà rilievo, indipendentemente da una previsione normativa, a situazioni giuridiche che esorbitano la sfera del singolo individuo e che ineriscono beni a fruizione collettiva, della cui salvaguardia si fa portatrice un'associazione, purché siano concretamente accertati gli indici di effettività e adeguata rappresentatività di matrice pretoria³⁷⁰.

In conclusione, la Plenaria ritiene che la legittimazione processuale o è accordata dallo stesso legislatore – quindi con l'iscrizione negli appositi elenchi – oppure trae origine dal possesso dei requisiti richiesti in via giurisprudenziale: adeguato grado di rappresentatività, stabile organizzazione, finalità statutaria. In tal caso, l'ente è deputato a esperire tutte le azioni previste dalla legge e, in ogni caso, l'azione di annullamento dinanzi al giudice amministrativo.

3.3.3. La legittimazione ad agire: l'interesse diffuso come diritto soggettivo, come interesse legittimo e come interesse collettivo

In virtù della prevalente tendenza individualistica del processo civile ed amministrativo, le tecniche impiegate dai giudici al fine di apprestare tutela giurisdizionale all'interesse diffuso sono state differenti.

³⁷⁰ A. FRANCESCHI, op. cit.

Dapprima, l'interesse diffuso è stato tutelato, in quanto avente la consistenza di diritto soggettivo. In particolare, è stata costruita la figura del diritto alla salubrità ambientale, partendo dal diritto alla salute, ex art. 32 Cost., il quale rappresenta un bene tutelato non solo come interesse della collettività, ma anche come diritto primario, assoluto e fondamentale dell'individuo.

In questo contesto, un ruolo chiave è svolto dalla sentenza sugli scarichi inquinanti del Golfo di Napoli³⁷¹.

La Suprema Corte, dal combinato disposto degli art. 2, 3, 32 e 38 Cost., ha osservato come nel nostro ordinamento vi sia una linea di tendenza *“nel senso di configurare addirittura un diritto alla salute come un “diritto sociale”, inteso come diritto del privato ad una attività positiva della pubblica amministrazione a favore della salute, sia in via preventiva che in via recuperatoria”*.

Il bene della salute si caratterizza per una dimensione diffusa, ma rappresenta un dei diritti fondamentali che il singolo può far valere incondizionatamente *“anche nei confronti dell'attività pubblica, cui è negato in tal modo il potere di disporre di esso”*.

In questo modo, il diritto alla salute assume *“un contenuto di socialità e sicurezza”* tale per cui si configura come diritto all'ambiente salubre, che, in quanto diritto soggettivo, è rimesso ai fini della tutela al giudice ordinario.

Su questa scia, è stata poi riconosciuta la configurabilità di posizioni di diritto in capo:

- al titolare di un'abitazione privata, che chieda l'inibizione dell'attivazione di uno stabilimento industriale autorizzato dalla pubblica autorità³⁷²;
- al titolare di una tenuta agricola, che chieda un accertamento tecnico preventivo sulle condizioni ambientali dei luoghi interessati dalla localizzazione di una centrale nucleare, senza interferire sull'*iter* procedimentale amministrativo³⁷³;

³⁷¹ Cass. civ., SS. UU., 6 ottobre 1979, n. 5172.

³⁷² Cass. civ., SS. UU., 6 ottobre 1975, n. 3164, in N. DURANTE, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi*, www.forgionegianluca.it, 2015.

³⁷³ Cass. civ., SS. UU., 9 marzo 1979, n. 1463, in N. DURANTE, op. cit.

- al denunciante lo scarico, da parte dell'amministrazione comunale, di liquami sul suolo e sul sottosuolo, con conseguente pregiudizio per la salute pubblica³⁷⁴;
- al titolare di un villaggio turistico, il quale chieda la chiusura di un canale irriguo realizzato su iniziativa della Cadda per il Mezzogiorno, deducendo l'esistenza di immissioni intollerabili, configurate da esalazioni maleodoranti e da focolai di infezioni, pregiudizievoli per la salute del personale e degli ospiti del villaggio, nonché idonee a recare danno alla proprietà³⁷⁵;
- al titolare di un'abitazione, che chieda il risarcimento dei danni alla salute causati dall'esposizione al campo elettromagnetico di un elettrodotto³⁷⁶.

Nell'ambito di queste fattispecie, il ragionamento della Suprema Corte è stato quello di ricondurre l'interesse diffuso nell'ambito del diritto soggettivo, afferente alla tutela individuale della salute e suscettibile di essere leso dall'azione dei pubblici poteri. Pertanto, ad essere dedotto in giudizio non è l'interesse diffuso *ex se*, bensì il diritto primario e assoluto dell'individuo all'integrità psico-fisica, direttamente tutelato dalla Costituzione.

In secondo luogo, l'interesse diffuso ha trovato tutela come interesse legittimo. In particolare, la giurisprudenza ha utilizzato il criterio della c.d. *vicinitas*: l'interesse del ricorrente è tutelato in quanto il bene è "radicato" nel luogo interessato dall'attività amministrativa. In questo contesto, quindi, non risulta necessario che sia ravvisata né una categoria né una organizzazione, ma è l'esistenza di un interesse concreto, in quanto "localizzato in un particolare ambiente naturale, o comunque agevolmente localizzabile e circoscrivibile"³⁷⁷, che completa il processo di giurisdizionalizzazione degli interessi superindividuali. Inizialmente, accanto alla *vicinitas* del bene, era richiesta l'allegazione di un danno concreto conseguente dall'atto impugnato.

³⁷⁴ Cass. civ., SS. UU., 20 novembre 1992, n. 12386, in N. DURANTE, op. cit.

³⁷⁵ Cass. civ., SS. UU., 7 febbraio 1997, n. 1187, in N. DURANTE, op. cit.

³⁷⁶ Cass. civ., SS. UU., 8 marzo 2006, n. 4908, in N. DURANTE, op. cit.

³⁷⁷ U. ZINGALES, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale degli interessi diffusi, sia collettivi che "adespoti"*, in Trib. amm. reg., 1995, p. 189.

Leading case riguarda la sentenza del Consiglio di Stato sull'art. 10, l. 6 agosto 1967, n. 765 (c.d. *Legge ponte*), in forza del quale chiunque può ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia quando è in contrasto con le disposizioni di legge o di regolamento o con le prescrizioni del piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione³⁷⁸. Escluso che tale previsione abbia introdotto un'azione popolare in materia edilizia nel nostro ordinamento, il Consiglio di Stato ha individuato gli indici, la cui presenza consente al privato di agire nei confronti di provvedimenti edilizi illegittimi: il *discrimen* tra posizione tutelata e posizione non tutelata è stato ravvisato nella titolarità di diritti su immobili ubicati nella medesima zona o in "stabile collegamento" con essa, la cui necessità di protezione configura un'ipotesi di interesse legittimo, qualificato e differenziato.

Il criterio della *vicinitas*, inizialmente limitato al settore dell'edilizia, è stato poi utilizzato anche nella materia del governo del territorio con riguardo ad una vasta serie di atti, tra i quali, i provvedimenti di localizzazione degli impianti di trattamento dei rifiuti, le varianti urbanistiche, i piani di lottizzazione, i decreti di concessione mineraria, i provvedimenti riguardanti la disciplina della circolazione stradale³⁷⁹.

Attraverso il criterio della *vicinitas*, sufficiente a radicare *ex se* la domanda di proposizione in giudizio, i giudici si sganciano dalla verifica dell'esistenza di una posizione giuridica soggettiva: in questo modo, l'interesse superindividuale diventa suscettibile di tutela nel momento in cui l'individuo, e quindi il suo portatore, è inserito in un dato contesto.

Da ultimo, la principale tecnica di tutela dell'interesse diffuso si è sviluppata nell'individuazione di soggetti collettivi esponenziali, a cui riferire l'interesse. Pertanto, la soluzione si è rinvenuta nel trasformare gli interessi individuali in interessi collettivi.

³⁷⁸ Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1970, n. 523.

³⁷⁹ C. CUDIA, op. cit., p. 213 ss.

Pertanto, la differenza tra interesse diffuso e interesse collettivo finisce con l'assumere scarso rilievo, perché l'interesse superindividuale, per trovare tutela, deve radicarsi in un gruppo.

Un caso interessante a tal fine ha riguardato la legittimazione ad agire dell'associazione "*Italia nostra*" nei confronti di provvedimenti amministrativi lesivi dell'ambiente. Nonostante sia stato escluso il potere di impugnativa in capo all'associazione sul rilievo della natura diffusa dell'interesse all'ambiente³⁸⁰, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nel precisare come gli appartenenti ad una collettività insediata in un territorio definito possano vantare una posizione differenziata, in forma singola o associata, nei confronti di provvedimenti lesivi del paesaggio e delle bellezze naturali di quella specifica zona, ha stabilito che la questione sulla legittimazione processuale non può essere risolta in via meramente astratta, ma nel concreto³⁸¹. Più interessante, però, è stato il riconoscimento della tutelabilità giurisdizionale degli interessi diffusi attraverso due svolgimenti teorici: il primo riguarda la negazione dell'autonomia concettuale degli interessi diffusi rispetto agli interessi collettivi, dovuta alla sostanziale trasformazione dei primi nei secondi; la seconda riguarda l'avvicinamento dell'interesse collettivo all'interesse legittimo, quale situazione che apre la via ad una tutela giurisdizionale³⁸².

A dirimere la problematica è intervenuta la l. 8 luglio 1986, n. 349, istitutiva del Ministero dell'Ambiente, che, agli art. 13 e 18, ha attribuito alle "*associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e a quelle presenti in almeno cinque regioni*", individuate con decreto del Ministero dell'Ambiente "*sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna*" il potere

³⁸⁰ Così, Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 253 e Cass. civ., SS. UU., 8 maggio 1978, n. 2207.

³⁸¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 19 ottobre 1979, n. 24, nella stessa sede l'Adunanza ha poi nuovamente negato la legittimazione ad agire all'associazione *Italia nostra*, in quanto i fini statutari da essa perseguiti hanno dimensione generale e non sono localizzabili in un territorio più o meno circoscritto.

³⁸² M. C. ROMANO, op. cit., p. 351.

di “*intervenire nei giudizi per danno ambientale e [di] ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l’annullamento di atti illegittimi*”.

Alle medesime organizzazioni è stata poi attribuita la legittimazione ad agire per l’annullamento degli atti e dei provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni riguardanti la tutela dell’ambiente dall’art. 310, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Risolta la questione delle associazioni ambientaliste, la giurisprudenza ha proseguito nel riconoscere la tutela degli interessi diffusi in capo a enti esponenziali. Pertanto, non è più rilevante il possesso della personalità giuridica, ma l’effettiva rappresentatività dell’ente rispetto all’interesse di cui si assume portatore, sulla scorta di specifiche disposizioni statutarie, che prevedano la tutela di determinati interessi. Occorre, quindi, in sede processuale, accertare che l’interesse tutelato non sia conflittuale, neanche in potenza, con quello di uno solo dei consociati né che vengano tutelate le posizioni di solo una parte dei consociate stessi.

Quindi, attraverso l’ente esponenziale l’interesse diffuso si soggettivizza e si differenzia, assurgendo a interesse legittimo proprio dell’ente stesso, e quindi meritevole di tutela giurisdizionale.

A tal proposito, Nigro parla di c.d. *mutazione genetica* dell’interesse diffuso, la cui cura, preclusa al singolo, è affidata al gruppo³⁸³.

Si ha, così, un “doppio binario” processuale, a seconda che l’associazione:

- sia portatrice di interessi collettivi, e quindi la legittimazione non ha bisogno di un espresso riconoscimento normativo, ma deve essere verificata in concreto dal giudice secondo il criterio dell’effettività rappresentatività;
- svolga attività afferenti a interessi generali o diffusi, e quindi la legittimazione richiede un’espressa attribuzione *ex lege*. Quanto a quest’ultimo punto, occorre tuttavia ricordare la recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 6/2020), la quale ha riconosciuto in capo agli enti esponenziali associativi la

³⁸³ M. NIGRO, *Le due facce dell’interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro.it*, 1987, V, p. 9.

legittimazione ad agire a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso.

Da ultimo, la legittimazione ad intervenire nel processo amministrativo in capo ad associazioni ed enti è stata riconosciuta applicando il principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost.

Il giudice amministrativo ha chiarito che *“il principio di sussidiarietà orizzontale – recentemente introdotto, anche a livello costituzionale [...] – se (indubbiamente) necessita di leggi ordinarie di attuazione per realizzare la piena valorizzazione dell’apporto diretto dei singoli cittadini e delle formazioni sociali nella gestione della funzione amministrativa [...] impone, però, immediatamente di privilegiare, tra le esistenti opzioni interpretative, quelle più avanzate in tema di legittimazione ad agire che garantiscono agli stessi soggetti la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l’esercizio di detta funzione da parte degli enti istituzionali a ciò preposti”*³⁸⁴. La portata innovativa di questa giurisprudenza, sicuramente minoritaria, si confronta con gli orientamenti conservatori del Consiglio di Stato, il quale riconosce la legittimazione ad agire in presenza di interessi *personalizzati* e *differenziati*. Ed anzi, l'utilizzo del principio di sussidiarietà nel riconoscimento della legittimazione ad agire supera i tradizionali criteri utilizzati dalla giurisprudenza per rendere differenziabili gli interessi diffusi: quali la valorizzazione delle finalità statutarie dei gruppi esponenziali di interessi diffusi, la stabilità e la serietà dell'attività svolta dagli enti, il criterio della *vicinitas* e quello della previa partecipazione procedimentale.

Le innovazioni a riguardo si riscontrano, non tanto nel Consiglio di Stato³⁸⁵, quanto nei Tribunali regionali, nei quali l'interesse diffuso non è incasellato in una

³⁸⁴ TAR Liguria, sez. I, 13 marzo 2003, n. 309.

³⁸⁵ In questo senso, occorre menzionare il Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440, il quale ha costruito la legittimazione a ricorrere dei Comitati rappresentativi di interessi diffusi non sul criterio “associativo”, ma sulla connotazione oggettiva dell'interesse diffuso e sul suo collegamento con “diritti” riferibili alla società civile: il principio di sussidiarietà

posizione “differenziata e qualificata”, ma collegato all’interesse generale. In questo modo, riemerge la distinzione tra interessi collettivi e interessi diffusi in senso stretto: la partecipazione non è più vista come intervento collaborativo in funzione di un interesse di parte, ma come intervento rivolto alla tutela di un interesse generale, non settoriale né di gruppo.

Interessanti, a tal proposito, sono due sentenze del TAR Liguria.

La prima non solo rileva come i pubblici poteri debbano “*agire preferenzialmente tramite il coinvolgimento diretto dei singoli e dei gruppi sociali liberamente costituiti, in quanto chiamati in prima persona a cogestire la funzione amministrativa secondo il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale*”, ma riconsidera anche la posizione dei soggetti coinvolti nell’azione amministrativa: “*Ai singoli e alle loro formazioni sociali dovrà essere garantita la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l’esercizio della funzione amministrativa*”³⁸⁶.

L’impulso di rango costituzionale, che spinge i privati e le formazioni sociali a svolgere funzioni di interesse generale presenta ricadute sia in termini di partecipazione procedimentale sia in termini di legittimazione processuale³⁸⁷.

Come affermato dal TAR in questione, “*non v’è dubbio, infatti, che lo specifico ruolo ordinamentale attribuito ai privati ed alle loro formazioni sociali sul piano sostanziale, riverberi i suoi effetti anche sul piano procedimentale e processuale*”.

La seconda ha precisato che “*la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale comporta il riconoscimento della legittimazione dei singoli ad impugnare, senza che sia necessaria l’intermediazione di alcun ente portatore di interessi generali, i provvedimenti che incidono negativamente sulla qualità della vita dei soggetti residenti in un determinato territorio*”³⁸⁸. Infatti, il principio di sussidiarietà, pur nella sua valenza autonoma ed innovativa, viene perlopiù

orizzontale “*sancisce e conclude [...] un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario*”.

³⁸⁶ TAR Liguria, sez. I, 18 marzo 2004, n. 267.

³⁸⁷ M. C. ROMANO, op. cit., p. 360.

³⁸⁸ TAR Liguria, sez. II, 31 ottobre 2012, n. 1348.

utilizzato in chiave aggiuntiva al criterio della *vicinitas* nel riconoscimento della sussistenza della legittimazione a ricorrere. In questo senso, il Consiglio di Stato ha riconosciuto la legittimazione processuale di un'associazione non riconosciuta in considerazione del collegamento tra l'azione dell'associazione e gli interessi radicati nel territorio in cui opera: *“l’esplicita legittimazione, ai sensi dell’art. 13 e 18 l. 8 luglio 1986 n. 349, delle associazioni ambientaliste di dimensione nazionale e ultraregionale all’azione giudiziale, non esclude, di per sé sola, analoga legittimazione ad agire ai sensi della stessa normativa in un ambito territoriale e comunitario ben circoscritto, agli organismi – comitati e associazioni – che si costituiscono al precipuo scopo di proteggere l’ambiente, la salute e/o la qualità della vita delle popolazioni residenti su tale circoscritto territorio ove si collocano e cui si riferiscono i loro programmi e la propria attività, altrimenti verificandosi che le località e le relative popolazioni, interessate da attentati alla salute pubblica e/o all’ambiente di ambito locale e circoscritto, ove questi ultimi non siano presi in considerazione da associazioni riconosciute ma assenti in loco, rimarrebbero prive di quelle suscettibilità di protezione che possono assicurare le associazioni ambientaliste e similari”*³⁸⁹.

In ogni caso, attraverso l’ancoraggio al principio di sussidiarietà orizzontale la posizione dell’associazione si correla non più ad un interesse individuale, bensì ad un valore, riconosciuto a livello costituzionale e rientrante nello svolgimento di attività di interesse generale. Il Consiglio di Stato, a tal proposito, ha affermato che *“In tal senso per un verso l’ordinamento giuridico – innanzitutto a livello costituzionale – seleziona valori ai quali assicura tutela ampia (ad esempio, ambiente, paesaggio, salute: artt. 9, 32 Cost.); per altro verso, non solo riconosce il diritto di associazione (art. 18 Cost.), ma indica ora alle organizzazioni territoriali che compongono la Repubblica anche il compito di “favorire l’autonoma iniziativa dei cittadini”, e ciò al fine costituzionalmente dichiarato di utilizzare le associazioni così formatesi “per lo svolgimento di attività di interesse*

³⁸⁹ Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5760.

generale, sulla base del principio di sussidiarietà” (art. 118, ult. co., Cost.). La selezione dei valori, dunque, non determina solo la cura di interessi pubblici affidati a Pubbliche Amministrazioni (ad esempio, allo Stato la tutela “dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”: art. 117, co. 2, lett. s), Cost.), ma individua “beni o valori comuni”, la cui gestione e tutela ben può essere affidata alla cura di organizzazioni di cittadini, debitamente costituite e riconosciute (ove previsto), in relazione ai poteri che l’ordinamento intende loro conferire. La libertà di associazione, dunque, se costituisce la prima delle garanzie dei diritti inviolabili dell’uomo “nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, formazioni sociali entro le quali le associazioni si iscrivono (art. 2 Cost.), e come tale non può essere limitata se non nei casi previsti dall’art. 18 Cost., presenta ora, per così dire, un “versante attivo”, poiché essa si concretizza oggi nella costituzione di soggetti che partecipano attivamente alle “attività di interesse generale” (pur affidate – come è ovvio – primariamente a pubbliche amministrazioni), e dunque alla tutela di valori (cui corrispondono altrettanti interessi pubblici) costituzionalmente garantiti”³⁹⁰.

3.4. La class action amministrativa (cenni)

Negli ultimi anni, il legislatore si è ispirato al modello statunitense della *class action* ed ha introdotto nel nostro ordinamento il ricorso per l’efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici con il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, che attua la delega di cui al comma 2 dell’art. 4 della l. 4 marzo 2009 (c.d. *Legge Brunetta*)³⁹¹.

³⁹⁰ Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36.

³⁹¹ La delega era indirizzata a “prevedere mezzi di tutela giurisdizionale degli interessati nei confronti delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici che si discostano dagli standard qualitativi ed economici fissati o che violano le norme preposte al loro operato”, in modo tale da “consentire a ogni interessato di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici, fatte salve le competenze degli organismi con funzioni di

Tale previsione dà la possibilità ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori di agire in giudizio nel caso di mancata emanazione di atti amministrativi generali o di violazione di obblighi o di *standards* da parte della pubblica amministrazione.

L'art. 1, comma I, del d.lgs. n. 198, nel prevedere i presupposti dell'azione e i soggetti legittimati ad agire, stabilisce che *“al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro*

regolazione e controllo istituiti con legge dello Stato e preposti ai relativi settori, se dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori, nel rispetto dei seguenti criteri: 1) consentire la proposizione dell'azione anche ad associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati; 2) devolvere il giudizio alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo; 3) prevedere come condizione di ammissibilità che il ricorso sia preceduto da una diffida all'amministrazione o al concessionario ad assumere, entro un termine fissato dai decreti legislativi, le iniziative utili alla soddisfazione degli interessati; in particolare, prevedere che, a seguito della diffida, si instauri un procedimento volto a responsabilizzare progressivamente il dirigente competente e, in relazione alla tipologia degli enti, l'organo di indirizzo, l'organo esecutivo o l'organo di vertice, a che le misure idonee siano assunte nel termine predetto; 4) prevedere che, all'esito del giudizio, il giudice ordini all'amministrazione o al concessionario di porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti di cui all'alinea della presente lettera e, nei casi di perdurante inadempimento, disponga la nomina di un commissario, con esclusione del risarcimento del danno, per il quale resta ferma la disciplina vigente; 5) prevedere che la sentenza definitiva comporti l'obbligo di attivare le procedure relative all'accertamento di eventuali responsabilità disciplinari o dirigenziali; 6) prevedere forme di idonea pubblicità del procedimento giurisdizionale e della sua conclusione; 7) prevedere strumenti e procedure idonei ad evitare che l'azione di cui all'alinea della presente lettera nei confronti dei concessionari di servizi pubblici possa essere proposta o proseguita, nel caso in cui un'autorità indipendente o comunque un organismo con funzioni di vigilanza e controllo nel relativo settore abbia avviato sul medesimo oggetto il procedimento di propria competenza”.

e non oltre un termine fissato dalla legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150".

Al comma 3, poi, si prevede che *"i soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente possono intervenire nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso che viene fissata d'ufficio, in una data compresa tra il novantesimo ed il centovesimo giorno dal deposito del ricorso"*, nel comma 4 che *"ricorrendo i presupposti di cui al comma 1, il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1"*, e nel comma 6 che il *"ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui al comma 1; a tal fine, restano fermi i rimedi ordinari"*.

Da subito, in dottrina è sorto un ampio dibattito sulla natura di tale ricorso e sulle posizioni azionate.

Secondo una parte della dottrina, gli *"interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei"*, di cui al comma I del decreto legislativo, costituiscono interessi semplici e il ricorso riguarda un'ipotesi di giurisdizione oggettiva³⁹².

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che si tratti comunque di giurisdizione soggettiva, anche se di questa vi sono due varianti³⁹³.

³⁹² F. CINTIOLI, *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in *giustamm.it*, 2010.

³⁹³ C. E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2010, p. 501 ss.

Una prima variante considera gli interessi in questione come posizioni giuridiche soggettive di cui erano già titolari utenti e consumatori in virtù del diritto vigente prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 198 del 2009³⁹⁴.

Una seconda variante, invece, ritiene che l'introduzione degli interessi in parola costituisca la “*giurificazione di interessi di fatto*”³⁹⁵, perché “*si può ritenere che proprio la previsione di un'azione di tal fatta abbia l'effetto di giuridicizzare (tutto o una parte del) l'interesse all'efficienza amministrativa, nel senso che l'efficienza stessa (l'intero principio o solo alcuni aspetti, quelli che trovano corrispondenza in uno standard di condotta) diviene un parametro normativo positivo*”³⁹⁶.

In tal senso, viene letta anche una sentenza del TAR Lazio del 2011, secondo cui il decreto legislativo non crea posizioni giuridiche nuove, bensì eleva gli interessi diffusi ad interessi individualmente azionabili³⁹⁷. Sempre il TAR Lazio nel 2012 ribadisce tale posizione, affermando che “*la class action per l'efficienza della pubblica amministrazione è, quindi, normativamente delineata quale strumento di tutela di interessi diffusi collettivi [...] azionabile sia da parte del singolo soggetto, titolare dell'interesse indifferenziato relativo ad un bene della vita omogeneo per tutti gli appartenenti alla pluralità, che abbia subito una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi – così elevando gli interessi diffusi ad interessi individualmente azionabili – nonché da parte di associazioni o enti rappresentativi di tali interessi*”³⁹⁸.

Da ultimo, occorre sottolineare che il decreto legislativo ha sostanzialmente limitato e ridotto la tutela del cittadino rispetto a quanto previsto dalla legge delega:

³⁹⁴ A. FABRI, *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, Napoli, 2011, p. 107 ss., in G. MANFREDI, op. cit., p. 528.

³⁹⁵ F. PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *federalismi.it*, 30 giugno 2010, in G. MANFREDI, op. cit., p. 528.

³⁹⁶ G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012, in G. MANFREDI, op. cit., p. 528.

³⁹⁷ TAR Lazio, sez. III, 20 gennaio 2011, n. 552.

³⁹⁸ TAR Lazio, sez. III, 1° ottobre 2012, n. 8231.

- innanzitutto, stando a quanto previsto dalla legge delega, la legittimazione ad agire spettava “ad ogni interessato”, allorché dall’inadempimento della pubblica amministrazione derivasse “la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori”. L’intento del legislatore era quello di prevedere un’azione che fosse al tempo stesso individuale e collettiva, prevedendo quindi che la legittimazione spettasse non solo al titolare di un interesse individuale, ma anche a colui che, appartenendo ad una categoria, volesse far valere individualmente interessi della stessa categoria. Il legislatore, invece, ha apportato delle limitazioni significative nel decreto legislativo, laddove la legittimazione ad agire non è più riconosciuta a ciascun individuo in sé, ma è subordinata al verificarsi di una condizione, e cioè che l’interesse sia un interesse giuridicamente rilevante per una pluralità di utenti e consumatori³⁹⁹. Pertanto, laddove la posizione di colui che agisce sia individuale e disomogenea rispetto alla pluralità di utenti e consumatori, la legittimazione non è più riconosciuta.
- In secondo luogo, la legge delega prevedeva con una formulazione assai generica che la legittimazione ad agire fosse subordinata alla “lesione di interessi giuridicamente rilevanti”, così da garantire una più ampia possibilità di agire in giudizio. Il decreto legislativo, invece, ha qualificato la lesione come “diretta, concreta ed attuale”, in tal modo rendendo più stringenti le maglie dell’azione in giudizio. Infatti, risulta più complesso individuare un’incidenza concreta e diretta del comportamento illegittimo od omissivo della pubblica amministrazione sulla posizione del singolo.
- Inoltre, la legge delega prevedeva che la lesione, che legittimava l’azione in giudizio, derivasse “dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione degli atti amministrativi generali”. Questa ampia previsione consentiva dunque l’azione anche soltanto in caso di violazione dei termini riferiti a qualunque tipo

³⁹⁹ C. E. GALLO, op. cit., p. 502.

di attività dell'amministrazione, provvedimentale o non, o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali, senza ulteriori specificazioni⁴⁰⁰.

Il decreto legislativo, di contro, ha ristretto la previsione, limitando la possibilità di agire nel caso di atti amministrativi generali obbligatori, privi di contenuto normativo, e “da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato dalla legge o da un regolamento”. La tutela del cittadino è, quindi, molto ridotta, dal momento che, trattandosi di atti ampiamente discrezionali, difficilmente la legge prevede il termine per l'adozione degli atti amministrativi generali.

- Inoltre, la legge delega permetta di agire in giudizio in modo immediato in caso di violazione degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi o di violazione degli *standards* qualitativi ed economici. Il legislatore, riducendo la tutela, ha previsto introdotto alcune limitazioni temporali: nello specifico, ha collegato gli obblighi e gli *standards* all'attività delle autorità di controllo e alle linee guida definite dalla commissione, cioè atti al momento ancora non emanati.
- La legge delega, poi, prevedeva espressamente la possibilità di agire in giudizio nel caso di omesso esercizio dei poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori; possibilità che è stata completamente eliminata dal decreto legislativo.

Si può, dunque, concludere affermando che il d.lgs. n. 198 del 2009, limitando ampiamente la tutela di colui che agisce, di fatto non prevede uno strumento effettivamente utile al cittadino, bensì solo alla pubblica amministrazione, in termini di stimolo ed efficienza. Pertanto, uno strumento che valorizzasse l'esigenza del cittadino è stato depotenziato e ridotto, elidendo così uno strumento che poteva avere dei risvolti pratici interessanti.

Da ultimo, la legittimazione ad intervenire nel processo amministrativo in capo ad associazioni ed enti è stata riconosciuta applicando il principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost.

⁴⁰⁰ C. E. GALLO, op. cit., p. 503.

Il giudice amministrativo ha chiarito che “*il principio di sussidiarietà orizzontale – recentemente introdotto, anche a livello costituzionale [...] – se (indubbiamente) necessita di leggi ordinarie di attuazione per realizzare la piena valorizzazione dell’apporto diretto dei singoli cittadini e delle formazioni sociali nella gestione della funzione amministrativa [...] impone, però, immediatamente di privilegiare, tra le esistenti opzioni interpretative, quelle più avanzate in tema di legittimazione ad agire che garantiscono agli stessi soggetti la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l’esercizio di detta funzione da parte degli enti istituzionali a ciò preposti*”⁴⁰¹. La portata innovativa di questa giurisprudenza, sicuramente minoritaria, si confronta con gli orientamenti conservatori del Consiglio di Stato, il quale riconosce la legittimazione ad agire in presenza di interessi *personalizzati e differenziati*. Ed anzi, l’utilizzo del principio di sussidiarietà nel riconoscimento della legittimazione ad agire supera i tradizionali criteri utilizzati dalla giurisprudenza per rendere differenziabili gli interessi diffusi: quali la valorizzazione delle finalità statutarie dei gruppi esponenziali di interessi diffusi, la stabilità e la serietà dell’attività svolta dagli enti, il criterio della *vicinitas* e quello della previa partecipazione procedimentale.

Le innovazioni a riguardo si riscontrano, non tanto nel Consiglio di Stato⁴⁰², quanto nei Tribunali regionali, nei quali l’interesse diffuso non è incasellato in una posizione “differenziata e qualificata”, ma collegato all’interesse generale. In questo modo, riemerge la distinzione tra interessi collettivi e interessi diffusi in senso stretto: la partecipazione non è più vista come intervento collaborativo in

⁴⁰¹ TAR Liguria, sez. I, 13 marzo 2003, n. 309.

⁴⁰² In questo senso, occorre menzionare il Cons. Stato, sez. consultiva per gli atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440, il quale ha costruito la legittimazione a ricorrere dei Comitati rappresentativi di interessi diffusi non sul criterio “associativo”, ma sulla connotazione oggettiva dell’interesse diffuso e sul suo collegamento con “diritti” riferibili alla società civile: il principio di sussidiarietà orizzontale “*sancisce e conclude [...] un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario*”.

funzione di un interesse di parte, ma come intervento rivolto alla tutela di un interesse generale, non settoriale né di gruppo.

Interessanti, a tal proposito, sono due sentenze del TAR Liguria.

La prima non solo rileva come i pubblici poteri debbano *“agire preferenzialmente tramite il coinvolgimento diretto dei singoli e dei gruppi sociali liberamente costituiti, in quanto chiamati in prima persona a cogestire la funzione amministrativa secondo il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale”*, ma riconsidera anche la posizione dei soggetti coinvolti nell’azione amministrativa: *“Ai singoli e alle loro formazioni sociali dovrà essere garantita la più ampia possibilità di sindacare in sede giurisdizionale l’esercizio della funzione amministrativa”*⁴⁰³.

L’impulso di rango costituzionale, che spinge i privati e le formazioni sociali a svolgere funzioni di interesse generale presenta ricadute sia in termini di partecipazione procedimentale sia in termini di legittimazione processuale⁴⁰⁴.

Come affermato dal TAR in questione, *“non v’è dubbio, infatti, che lo specifico ruolo ordinamentale attribuito ai privati ed alle loro formazioni sociali sul piano sostanziale, riverberi i suoi effetti anche sul piano procedimentale e processuale”*.

La seconda ha precisato che *“la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale comporta il riconoscimento della legittimazione dei singoli ad impugnare, senza che sia necessaria l’intermediazione di alcun ente portatore di interessi generali, i provvedimenti che incidono negativamente sulla qualità della vita dei soggetti residenti in un determinato territorio”*⁴⁰⁵.

Tuttavia, la giurisprudenza in tema è minoritaria. In prevalenza, i giudici negano che la legittimazione processuale possa trovare immediato riconoscimento dall’impiego della *vicinitas*, filtrato attraverso il riferimento all’interesse generale.

Il Consiglio di Stato, nel 2013, sottolineando *“l’esigenza imprescindibile del collegamento dell’azione con la tutela di un interesse concreto e differenziato da*

⁴⁰³ TAR Liguria, sez. I, 18 marzo 2004, n. 267.

⁴⁰⁴ M. C. ROMANO, op. cit., p. 360.

⁴⁰⁵ TAR Liguria, sez. II, 31 ottobre 2012, n. 1348.

quello della comunità”, ha ribadito la struttura della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto soggettivo⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Cons. Stato, sez. I, 14 novembre 2013, n. 4728.

CAPITOLO IV

I REGOLAMENTI PER I BENI COMUNI E I PATTI DI COLLABORAZIONE

4.1. Introduzione

Negli ultimi anni si è assistito ad un crescente sviluppo nelle normative statali, regionali e comunali di disposizioni sulla *rigenerazione*, sulla *riqualificazione* e sul *riuso* degli spazi e dei beni pubblici. I tre termini, pur apparentemente analoghi, attengono a finalità diverse: la rigenerazione ha la caratteristica di modificare, totalmente o parzialmente, l'uso di uno spazio o di un bene, la riqualificazione risponde all'esigenza di rendere un bene o uno spazio qualitativamente migliore, nel riuso, invece, rientrano una serie di interventi che hanno la finalità di "riattivare" un bene o uno spazio nella sua originaria destinazione⁴⁰⁷.

La differenziazione terminologica, però, ha perso la sua ragion d'essere, dal momento che le normative negli ultimi anni si riferiscono alla sola *rigenerazione*, intendendo per tale tutti gli "*interventi di recupero, trasformazione ed innovazione dei beni comuni, partecipi, tramite metodi di co-progettazione, di processi sociali, economici, tecnologici ed ambientali, ampi e integrati, che complessivamente incidono sul miglioramento della qualità della vita nella città*"⁴⁰⁸.

Tale fenomeno, che in tale elaborato definisco pubblica amministrazione condivisa, è legato alla volontà di superare le problematiche legate ai processi di inclusione sociale e alle attività tradizionalmente affidate alla cura unilaterale dei pubblici poteri, oggi esercitata in condivisione con la comunità dei cittadini attivi.

⁴⁰⁷ A. BONOBO, *Rigenerazione urbana e nuove modalità partecipative: una riflessione*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, n. 6, 2017, p. 12.

⁴⁰⁸ In tal senso, la definizione del Regolamento di Bologna sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani, art. 2 lett. h). Delibera del Consiglio comunale 19 maggio 2014, n. 172.

La tematica della rigenerazione dei beni comuni si inserisce nell'ambito del più generale *diritto delle città*⁴⁰⁹. Lefebvre, però, parla più propriamente di *diritto alla città*, nella misura in cui la funzione di rigenerazione riconosce in capo agli abitanti di una determinata area urbana la pretesa di godere al meglio dei beni comuni della propria comunità. In tal modo, tale diritto si manifesta come una forma superiore di diritti: diritti alla libertà, all'individualizzazione nella socializzazione, all'habitat, all'abitare⁴¹⁰.

La tematica della rigenerazione ha acquisito notevole risalto negli ultimi anni grazie al lavoro di un gruppo di studiosi guidati da Gregorio Arena che, attraverso il laboratorio di Labsus (Laboratorio per la sussidiarietà, nato nel 2005) ha elaborato un prototipo di regolamento sulla rigenerazione dei beni comuni, che ha rappresentato il modello di riferimento per i numerosissimi Regolamenti adottati negli anni successivi dai Comuni italiani⁴¹¹.

Secondo gli autori, ed in particolare Gregorio Arena, il Regolamento di rigenerazione dei beni comuni rappresenta il primo strumento adeguato, seppur su scala comunale, a dare attuazione concreta al principio di sussidiarietà orizzontale, di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., supplendo all'assenza di norme primarie che disciplinassero specificamente il concretarsi del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento.

Il fenomeno di rigenerazione dei beni comuni a livello comunale viene attuato attraverso forme di collaborazione tra cittadini ed amministrazione, tra cui i c.d. patti di collaborazione, che danno vita al fenomeno della c.d. *democrazia di prossimità*, la quale, pur condividendo i medesimi presupposti della *democrazia partecipativa*, giocata sul ruolo assunto dai cittadini nel costruire insieme la decisione politica e amministrativa, la sposta a livelli di microfenomeno (comunità locali) e specialmente a comunità che vivono in aree di degrado urbano e comunque di scarsa sostenibilità ambientale⁴¹².

⁴⁰⁹ Per *diritto delle città* si intende quel complesso di regole che governano spazi urbanizzati la cui origine trova fonte nella rappresentanza della comunità che le istituzioni cittadine interpretano e nel diretto coinvolgimento delle organizzazioni o delle individualità della società civile. A tal proposito, si veda F. GIGLIONI, *Il diritto creativo delle città*, www.cittacreative.eu, 2017.

⁴¹⁰ H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Marsilio, 1970.

⁴¹¹ G. ARENA, *Un regolamento per la cura condivisa dei beni comuni. La sussidiarietà "tradotta", dalla Costituzione ad un regolamento*, labsus.org, 2014.

⁴¹² M. V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in nomos-leattualitaneldiritto.it, 2018.

4.2. I beni comuni (cenni)

Occorre, a tal proposito, prima di proseguire nella trattazione, chiarire cosa si intenda per bene comune.

Del governo dei beni comuni e dei molteplici aspetti del fenomeno si sono occupati principalmente quattro studiosi.

Innanzitutto, la prima tappa è rappresentata da Garret Hardin e dal suo articolo comparso sulla rivista *Science* nel 1968, *The Tragedy of the Commons*. Egli evidenzia i pericoli della sovrappopolazione a livello mondiale, attraverso due esempi: un terreno destinato a pascolo ed usato in comune da più utenti e l'inquinamento scaricato da produttori o consumatori nell'aria o nell'acqua. In entrambi i casi, ciascuno degli utenti cerca di massimizzare il proprio profitto senza curarsi della sorte del bene comune, sia esso il pascolo, l'aria o l'acqua. L'obiettivo è cercare di trarre più benefici possibili dal bene, finché questo mantiene le sue possibilità. Un tale atteggiamento verifica delle esternalità negative (o diseconomie esterne): i produttori e i consumatori ottengono benefici superiori ai costi che sostengono perché scaricano una parte dei costi sulla collettività, quella ristretta degli altri allevatori nel caso del pascolo, quella più ampia di tutti gli esseri viventi nel caso dell'inquinamento dell'aria o dell'acqua⁴¹³.

La soluzione elaborata dall'autore è da ricercarsi nel diritto: solo garantendo diritti di proprietà ed eliminando la comunione del bene è possibile ovviare alla distruzione dei beni comuni.

In risposta ai problemi sollevati da Hardin, occorre esporre il pensiero della seconda studiosa, Elinor Ostrom, la quale vinse il Premio Nobel per l'economia nel 2009.

Nella sua opera principale, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Ostrom si interroga su cosa possano fare i cittadini per (auto)gestire le risorse naturali. L'autrice, infatti, sostiene non solo che la tragedia dei beni comuni non è una conseguenza inevitabile dell'uso da parte di una pluralità

⁴¹³ S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *federalismi.it*, n. 7, 2013, p. 4.

di soggetti di un bene comune, ma anche che esistono una miriade di beni comuni che non sono in pericolo e che continuano ad offrire vantaggi e benefici agli utilizzatori⁴¹⁴. Secondo Ostrom, tale tragedia ha più possibilità di avverarsi, se gli utenti del bene comune non si conoscono, non comunicano tra loro e non hanno coscienza degli effetti delle loro scelte. A tal proposito, in base ai suoi studi, individuò otto principi progettuali generali per il governo delle risorse naturali collettive: “Il primo principio è la chiara definizione fisica dei confini della risorsa collettiva; il secondo, la congruenza tra le regole di appropriazione e di fornitura e le condizioni locali; il terzo, i metodi di decisione collettiva; il quarto, il controllo dei sorveglianti sia sulle condizioni d’uso della risorsa collettiva che sul comportamento degli appropriatori; il quinto, le sanzioni progressive; il sesto, i meccanismi di risoluzione dei conflitti; il settimo, il riconoscimento del diritto ad organizzarsi da parte degli appropriatori, e cioè la non interferenza di autorità governative esterne; l’ottavo, l’organizzazione su più livelli dell’uso di risorse collettive facenti parte di sistemi più grandi, in modo da ridurre la complessità e permettere che gruppi relativamente piccoli di persone possano auto-gestire il problema: è più facile infatti risolvere un problema quando ci si conosce di persona e si ha fiducia reciproca”⁴¹⁵.

Pertanto, i beni non devono essere considerati nella loro consistenza materiale, ma come elementi di una relazione con i gruppi sociali che li producono e li gestiscono; quindi, ciò che viene messo in comune non è semplicemente un bene o una risorsa, ma un modo di agire sociale. Per questo, la conservazione del bene richiede la presa di coscienza delle interazioni sociali che stanno alla base della sua gestione collettiva⁴¹⁶. È necessaria quindi una responsabilità politica da parte delle amministrazioni per rendere il bene comune un protagonista della comunità e delle relazioni tra cittadini.

⁴¹⁴ S. NESPOR, op. cit., p. 5.

⁴¹⁵ E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, trad. it., Marsilio, Venezia, 2006, pp. 134-135.

⁴¹⁶ S. NESPOR, op. cit., p. 6.

La terza autrice è Carole Rose, la quale, nel 1986, nella sua opera *The Comedy of the Commons: Commerce, Custom and Inherently Public Property*, occupandosi del rapporto tra proprietà e beni comuni, evidenzia come il libero accesso a determinati beni non ne comporti necessariamente il depauperamento o la distruzione, ma anzi produca benefici economici e sociali per l'intera collettività interessata. La *tragedia* ipotizzata dai precedenti autori diviene pertanto una brillante *commedia*.

La conclusione a cui arriva Rose origina da una scissione tra *bene comune* e *risorsa comune*: vi sono beni, che pur non essendo in proprietà comune, costituiscono tuttavia una risorsa comune a una collettività, dal momento che sviluppano il commercio, lo scambio dei beni, la produzione, di conseguenza sono in grado di accrescere il benessere complessivo.

La quarta autrice è Charlotte Hess che, nel 1990, percepì la necessità di ampliare il novero dei beni comuni, includendovi la proprietà intellettuale, la diffusione di internet, la mappatura del genoma umano nonché la possibilità di isolare i geni umani e non umani, i progressi della biotecnologia applicata all'agricoltura e alla medicina. In particolare, si parla di *new commons*. Ad essi, Hess dedica i suoi studi, rintracciabili nell'opera *Mapping the New Commons*.

L'autrice rintraccia tre novità che caratterizzano la nuova categoria dei *new commons*.

In primo luogo, alcuni beni comuni sono “nuovi” in quanto sorti in tempi recenti per effetto dello sviluppo delle nuove tecnologie.

In secondo luogo, altri beni comuni sono “nuovi” perché è esplosa la loro assimilabilità ai beni comuni come reazione allo sviluppo di specifici settori economici: si tratta, ad esempio, dell'espansione del valore economico della proprietà intellettuale in settori quali le biotecnologie.

Da ultimo, alcuni beni comuni sono “nuovi”, nel senso che è nuova l'esigenza di tutelarli come tali, seppur già esistenti: è il caso dei paesaggi e delle bellezze naturali, degli animali selvatici, ma anche delle caratteristiche di un quartiere o di un parco cittadino, della rete viaria, delle tradizioni locali.

L'aspetto positivo dell'emersione dei *new commons* è costituito dalla convergenza di una moltitudine di istanze sociali che hanno permesso di sviluppare sinergie, anche politiche; l'aspetto negativo è, invece, rappresentato dal rischio di un progressivo svuotamento della categoria. Pertanto, è necessario seguire quanto detto da Stefano Rodotà durante le campagne referendarie del 2011: *“se tutto diventa bene comune, niente può essere giuridicamente protetto dall'aggressione da una parte della proprietà privata e del mercato, dall'altra dall'ambiguo e spesso mortale abbraccio della proprietà pubblica”*.

Nel panorama italiano, il 21 giugno 2007 viene istituita presso il Ministero della Giustizia la Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, Titolo II del Libro II. Innanzitutto, i cambiamenti tecnologici ed economici avevano reso obsoleta la parte del codice civile relativa ai beni pubblici. Inoltre, alcune categorie di beni, come i beni immateriali, erano assenti e alcune tipologie di beni pubblici, come le “reti”, erano profondamente mutate negli anni. Poi, i beni finanziari erano ancora tradizionalmente legati ad una idea obsoleta di proprietà inscindibilmente collegata a quella fondiaria. Oltre a ciò, le risorse naturali, come l'acqua, l'aria, le foreste, i ghiacciai, la fauna e la flora tutelata, necessitavano di una maggiore protezione, anche di lungo periodo. A questo, si affianca la necessità di una nuova gestione del patrimonio pubblico.

Sulla base di tali presupposti, la Commissione accoglie l'idea di porsi alla ricerca di una tassonomia dei beni pubblici che riflettesse la realtà economica e sociale delle diverse tipologie di beni e sceglie di classificare i beni in base alle utilità prodotte, tenendo in considerazione i principi e le norme costituzionali, e collegare le utilità dei beni alla tutela dei diritti della persona e degli interessi pubblici essenziali.

Nel d.d.l. delega della Commissione Rodotà veniva prospettata, pertanto, l'introduzione delle seguenti categorie:

- *i beni ad appartenenza pubblica necessaria*, “che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti

pubblici territoriali. Si tratta di interessi quali, per esempio, la sicurezza, l'ordine pubblico, la libera circolazione" (le reti viarie stradali e ferroviarie, i porti e aeroporti di rilievo nazionale e internazionale, le opere destinate alla difesa);

- i *beni pubblici sociali*, funzionalmente connessi a interessi "particolarmente rilevanti nella società dei servizi, cioè le esigenze corrispondenti ai diritti civili e sociali", per i quali "il vincolo di destinazione può cessare solo se venga assicurato il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati" (ad esempio, gli ospedali, gli alloggi di edilizia residenziale pubblica);
- i *beni pubblici fruttiferi*, come categoria residuale per la quale si applica il diritto privato, anche se son previsti "limiti all'alienazione, al fine di evitare politiche troppo aperte alle dismissioni e di privilegiare comunque la loro amministrazione efficiente da parte di soggetti pubblici";
- i *beni comuni*, individuati all'art. 1, comma 3, lett. c), e riferiti alle "cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona". Secondo la Commissione Rodotà, "i beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche, i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. [...] La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti e interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la rivendicazione dei profitti [...]".

Dalla definizione di beni comuni proposta dalla Commissione Rodotà emergono due elementi giuridici di particolare rilevanza: innanzitutto, il fatto che anche i soggetti privati possono essere titolari di beni comuni attesta la differenza tra la proprietà, intesa quale diritto soggettivo individualistico ed esclusivo, e i beni comuni, concepiti come forma di appartenenza collettiva peculiare poiché fondata sull'uso pubblico e sull'accesso; in secondo luogo, si riconosce un rilievo processuale alla comunità, dal momento che si prevede una legittimazione diffusa alla tutela inibitoria⁴¹⁷.

La proposta della Commissione Rodotà, tuttavia, non fu mai discussa in aula parlamentare, ma il fermento culturale generato da questo lavoro ha avuto conseguenze sicuramente benefiche.

In ambito giurisprudenziale, ad esempio, le Sezioni Unite della Cassazione qualificarono le valli da pesca della laguna di Venezia come beni comuni: *“là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale [...], detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del dominium romanistico e della proprietà codicistica, “comune” vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini”*⁴¹⁸.

In generale, le Sezioni Unite rilevano come la demanialità esprima una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale. La titolarità del bene all'ente esponenziale si presenta come appartenenza di servizio, nel senso che l'ente deve assicurare il mantenimento delle specifiche e rilevanti caratteristiche del bene, nonché la sua fruizione. Ne consegue ancora che: *“la titolarità dello Stato (come Stato-collettività, vale a dire come ente espositivo degli interessi di tutti) non è fine*

⁴¹⁷ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Celid, 2020, p. 31.

⁴¹⁸ Cass. civ., SS. UU., 14 febbraio 2011, n. 3665: i giudici hanno respinto un ricorso tendente ad ottenere l'accertamento della natura giuridica privata di una valle da pesca rappresentante una laguna viva, cioè in comunicazione periodica con il Mar Adriatico, rivendicata in proprietà dalla società attrice, già soccombente dinanzi al Tribunale e alla Corte d'appello di Venezia.

a se stessa e non rileva solo sul piano proprietario, ma comporta per lo stesso gli oneri di una governance che renda effettivi le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene”.

Il concetto di bene comune fu ripreso con il referendum sull’acqua del giugno 2011, il quale portò, da un lato, all’abrogazione dell’art. 23 bis del c.d. Decreto Ronchi (d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22), che imponeva la privatizzazione dei servizi pubblici locali, stabilendo scadenze fisse per la messa a gara delle società – prevalentemente pubbliche – che si occupavano delle gestioni locali, e, dall’altro, all’eliminazione della remunerazione del capitale investito dalle voci di calcolo della tariffa del servizio idrico integrato.

Negli anni immediatamente successivi la dimensione dei beni comuni ha guadagnato interesse, grazie anche ad un noto studioso, Ugo Mattei. Egli manifesta la necessità di passare da una “logica dell’avere”, in cui il bene comune è considerato come merce e la cornice ecosistemica viene ignorata, ad una “logica del comune”, che richiede un ripensamento di tutti i livelli della nostra vita (quali la politica, il lavoro e così via) e una decostruzione degli schemi interpretativi della realtà in senso relazionale, qualitativo e sistemico: i beni comuni rappresentano, perciò, una riconquista di spazi pubblici democratici, fondati sulla qualità dei rapporti e non sulla quantità dell’accumulo.

I beni comuni, secondo l’autore, sono chiamati a svolgere una funzione costituzionale nuova, ossia di tutela del pubblico tanto nei confronti dello Stato quanto nei confronti del potere privato. Essi rappresentano un genere dotato di autonomia giuridica e strutturale nettamente alternativa rispetto alla proprietà privata e alla proprietà pubblica, intesa come demanio e patrimonio dello Stato e delle altre forme di organizzazione politica formale: *“In concreto, il riconoscere un’entità come bene comune significa dichiararne l’incompatibilità sia con la logica pubblicistica, tipica della delega allo Stato e ai suoi apparati, sia con quella privatistica, tipica dell’individualismo possessivo, trasformatosi oggi sempre più*

in struttura aziendalistica informata al solo criterio tecnocratico e quantitativo dell'efficienza nell'accumulo"⁴¹⁹.

Mattei, inizialmente, mostra la necessità di rivalutare il medioevo rispetto all'età moderna, dove i beni comuni hanno rappresentato un'opportunità di libero accesso alle risorse, in quanto identificati come aree extra-territoriali. Poi, evidenzia alcune esperienze di lotta per i diritti delle comunità oppresse dallo sviluppo capitalistico globale, come l'insurrezione zapatista in Chiapas, nel 1994, e l'esperienza della Costituzione boliviana.

Egli sottolinea come la modernità sia nata con la distruzione del comune e la sostituzione del paradigma dell'avere con quello dell'essere. Individua i due eventi storici che hanno caratterizzato questo passaggio nelle "recinzioni" dei beni comuni, cioè delle terre, operate in Inghilterra, e la "conquista" del Nuovo Mondo. In questo nuovo mondo, di limitatezza di risorse, l'accumulo può avvenire solo sottraendo qualcosa al comune. Tale atteggiamento è fortemente antiecologico, e quindi contrario all'interesse della comunità. *"La modernità stravolge il diritto cercando di comprimerlo in una logica assolutistica, sovrana, a potere concentrato, inesorabilmente autoritaria nell'esercizio del potere. La logica della legge formale, unica e gerarchica, decisa ufficialmente e imposta dall'altro in basso dallo Stato a tutti i consociati, cerca di rimuovere con la violenza pubblica monopolista della forza il diritto dei popoli: quell'ordine dialettico e spontaneo con cui essi sempre avevano governato i beni comuni"*. Occorre, dunque, far rinascere i beni comuni, attraverso la riconquista di un'idea di legalità ricca, fondata su contenuti etici autentici, funzionale alla qualità della vita di tutti, nell'ambito di una dialettica democratica.

Mattei scrive che *"I beni comuni sono la base della democrazia partecipativa autentica, fondata sull'impegno e la responsabilità di ciascuno nel raggiungimento dell'interesse di lungo periodo di tutti"*.

⁴¹⁹ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Editori Laterza, 2011.

Sulla stessa scia, si colloca un altro studioso, Gregorio Arena, il quale parte dalla critica del paradigma bipolare nel rapporto tra amministrazione e cittadini e vede l'alternativa nella costruzione di un'*amministrazione condivisa*, ossia di un rapporto collaborativo e paritario tra amministrazione e cittadini nella risoluzione di problemi e nella ricerca di soluzioni di interesse generale⁴²⁰.

Nel 2001 la visione proposta da Arena si rafforza con la riforma del Titolo V della Costituzione, che introduce all'ultimo comma dell'art. 118 il principio di sussidiarietà orizzontale.

Tuttavia, le potenzialità della riforma restarono inattuata a lungo: lo studioso Daniele Donati mette in evidenza come il principio di sussidiarietà orizzontale sia stata uno dei più citati nel dibattito sulle relazioni tra pubbliche amministrazioni e cittadini, ma allo stesso tempo il meno operativo⁴²¹.

La sua implementazione e concreta attuazione si ebbe a partire dal 2014, quando la città di Bologna adottò il primo Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni.

In questo scenario, pertanto, le regolamentazioni messe a punto da più di duecento comuni italiani costituiscono il tentativo di apprestare una concretizzazione amministrativa degli insegnamenti dell'autorevole dottrina, Gregorio Arena e Ugo Mattei, e giurisprudenza, le Sezioni Unite del 2011.

4.3. I regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni

Il 19 maggio 2014, il comune di Bologna ha adottato il *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura e la rigenerazione dei*

⁴²⁰ G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 117-118, III e IV trimestre 1997, di cui si è ampiamente parlato *supra* Capitolo I – Fondamento costituzionale della pubblica amministrazione condivisa.

⁴²¹ D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Il Mulino, 2013.

beni comuni urbani, redatto con il contributo dell'associazione Labsus – Laboratorio per la Sussidiarietà – e diventato rapidamente il modello utilizzato da oltre duecento città italiane per la gestione condivisa dei beni comuni urbani. La nozione proposta dalla Commissione Rodotà è stata ripresa, adattata al contesto locale ed irrobustita dall'idea della gestione collaborativa che, a partire dal principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, si fonda sul patto di collaborazione tra cittadini attivi e pubblica amministrazione⁴²².

La finalità del Regolamento è quella di disciplinare le forme di collaborazione dei cittadini con l'amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani, così dando applicazione agli artt. 118, 114 comma 2 e 117 comma 6 Cost. La collaborazione tra cittadini e amministrazione è ispirata ad una serie di valori e principi generali.

L'amministrazione e i cittadini improntano i loro rapporti sulla *fiducia reciproca*. L'amministrazione deve garantire, in un'ottica di imparzialità nei rapporti con i cittadini attivi, la massima *pubblicità e trasparenza* delle opportunità di collaborazione, delle proposte pervenute, delle forme di sostegno assegnate, delle decisioni assunte, dei risultati ottenuti e delle valutazioni effettuate.

L'amministrazione valorizza la *responsabilità*, propria e dei cittadini, quale elemento centrale nella relazione con i cittadini, nonché quale presupposto necessario affinché la collaborazione risulti effettivamente orientata alla produzione di risultati utili e misurabili.

Gli interventi di cura e rigenerazione dei beni comuni devono essere organizzati in modo da garantire la massima *inclusività e apertura* in qualsiasi momento agli altri cittadini.

L'amministrazione deve verificare che la collaborazione con i cittadini sia *sostenibile*, cioè che non ingeneri oneri superiori ai benefici e non determini conseguenze negative sugli equilibri ambientali. Inoltre, deve valutare che la

⁴²² R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 10.

proposta sia *proporzionata* alle effettive esigenze di tutela degli interessi pubblici coinvolti.

Le forme di collaborazione fra cittadini e amministrazione sono *adeguate* alle esigenze di cura e rigenerazione dei beni comuni urbani e vengono *differenziate* a seconda del tipo o della natura del bene comune urbano e delle persone al cui benessere esso è funzionale.

Il principio di *informalità* governa la relazione tra amministrazione e cittadini, cosicché sia flessibile e semplice. Il rispetto di specifiche formalità avviene solo quando ciò sia previsto dalla legge.

L'amministrazione riconosce l'*autonoma iniziativa* dei cittadini e predispone tutte le misure necessarie a garantirne l'esercizio effettivo da parte di tutti i cittadini attivi.

Il Regolamento, poi, contiene una serie di definizioni (art. 2):

- per *beni comuni urbani* s'intendono i beni materiali, immateriali e digitali, che i cittadini e l'Amministrazione, anche attraverso procedure partecipate e deliberative, riconoscono essere funzionali al benessere individuale e collettivo, attivandosi di conseguenza nei loro confronti ai sensi dell'art. 118 ultimo comma Costituzione, per condividere con l'amministrazione la responsabilità della loro cura o rigenerazione al fine di migliorarne la fruizione collettiva;
- per *cittadini attivi* s'intendono tutti i soggetti, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali, anche di natura imprenditoriale o a vocazione sociale, che si attivano per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani.

Nel diritto dei beni comuni urbani è centrale la relazione di uso pubblico che si instaura tra tutti i soggetti che vi accedono per goderne e certe utilità offerte da un bene. L'accessibilità aperta è necessaria proprio per rendere effettive le possibilità di uso pubblico di un bene comune, evitando che la fruizione dello stesso sia riservata solo a certi soggetti e quindi soggetta a logiche di esclusione. Se ciò è vero, risulta facile ammettere che per diventare cittadini attivi non è necessario che più individui siano stabilmente organizzati in un ente: la cura e

la rigenerazione di un bene comune urbano può avvenire, quindi, anche da parte di comunità informali⁴²³.

Inoltre, si può affermare che se il diritto dei beni comuni è fondato sull'uso pubblico e sull'inclusione, e se gli interventi di cura e gestione sono in linea di principio aperti a tutti, ne discende che non occorre avere la cittadinanza italiana per poter esercitare tali prerogative e attività: lo *status* di cittadino italiano o la formale residenza in un certo territorio comunale possono diventare requisiti ostacolanti della partecipazione e dell'autonomia civica⁴²⁴.

Il nuovo prototipo Labsus 2018, all'art. 2, comma I, lett. c), tiene in debito conto gli elementi di cui si è appena discusso: infatti, per cittadini attivi s'intendono *“tutti i soggetti, compresi i bambini, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali, anche informali o di natura imprenditoriale, che indipendentemente dai requisiti riguardanti la residenza o la cittadinanza si attivano per periodi di tempo anche limitati per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani”*.

La prima sottocategoria di cittadini attivi è rappresentata dai *soggetti singoli*, ossia dalle singole persone fisiche.

La seconda sottocategoria è rappresentata dalle *formazioni sociali collettive dotate di una stabile organizzazione*.

Le associazioni riconosciute sono regolate dagli artt. da 15 a 35 del codice civile, mentre le associazioni non riconosciute e i comitati dagli artt. da 36 a 42 del codice. Le prime si caratterizzano per essere dotate di personalità giuridica, e ciò significa che il patrimonio delle stesse è autonomo e separato da quello degli associati e degli amministratori. Pertanto, il creditore dell'associazione potrà agire, per la soddisfazione del proprio credito, solo nei confronti della persona giuridica e solo nei limiti del suo patrimonio. La disciplina che riserva il codice civile a queste associazioni è particolarmente articolata: è necessario

⁴²³ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 54.

⁴²⁴ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 55.

che siano costituite per atto pubblico, gli amministratori sono responsabili verso l'ente secondo le norme del mandato e l'acquisizione della personalità giuridica avviene con decreto del presidente della Repubblica.

Le associazioni non riconosciute, invece, hanno una disciplina più stringente. Innanzitutto, l'ordinamento interno e l'amministrazione sono regolati dagli accordi degli associati. Delle obbligazioni assunte verso terzi, rispondono personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione. Per i comitati si prevede che siano costituiti per uno scopo specifico.

La disciplina delle associazioni è contenuta non solo nel codice civile, ma anche in diverse leggi speciali, come il Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 107). In esso, vi è una vasta definizione di *“attività di interesse generale”*, che potrebbe potenzialmente ricomprendere anche le attività di rigenerazione, cura e gestione dei beni comuni. Infatti all'art. 5 si specifica che gli Enti del Terzo settore, diversi dalle imprese sociali, esercitano *“in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale”* e tra queste sono menzionati: lett. e) *“interventi e servizi finalizzati alla salvaguardia e al miglioramento delle condizioni dell'ambiente e all'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali”*; lett. f) *“interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio”*; lett. i) *“organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale”*; lett. z) *“riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata”*.

Ai sensi dell'art. 17, comma 2 e 3, rileva anche la definizione normativa di volontario, secondo cui *“2. Il volontario è una persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e*

gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà. 3. L'attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Al volontario possono essere rimborsate dall'ente del Terzo settore tramite il quale svolge l'attività soltanto le spese effettivamente sostenute e documentate per l'attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall'ente medesimo. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfettario”.

La terza sottocategoria è rappresentata dai *gruppi informali di soggetti*. Le comunità informali si differenziano dalle associazioni perché sono allo stato fluido, nel senso che per ragioni contingenti o per scelta non sono stabilmente organizzate. La conseguenza di ciò è che, ai fini del funzionamento di un patto di collaborazione, tutti e ciascuno dei componenti del gruppo assumono gli oneri e la responsabilità che derivano dalla cura e dalla rigenerazione dei beni comuni urbani. Di norma, i Regolamenti prevedono, in vista della conclusione di un patto di collaborazione o in fasi successive, che la pubblica amministrazione svolga attività di facilitazione e accompagnamento affinché il gruppo informale si doti di una veste giuridica stabile. Il Regolamento di Verona, al contrario, prevede l'impossibilità di stipulare il patto di collaborazione da parte di una comunità informale che non si costituisca in formazione associativa stabilmente organizzata.

Tuttavia, occorre sottolineare che l'attivazione di un gruppo informale attesta che possono essere esercitate forme di autonomia civica attorno alle utilità di un bene comune, così da organizzare una comunità di riferimento, senza per forza dover ricorrere allo schema associativo⁴²⁵;

- per *proposta di collaborazione* s'intende la manifestazione di interesse, formulata dai cittadini attivi, volta a proporre interventi di cura o rigenerazione dei beni comuni urbani. La proposta può essere spontanea oppure formulata in risposta ad una sollecitazione del Comune;

⁴²⁵ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 60.

- per *patto di collaborazione* s'intende il patto attraverso cui Comune e cittadini attivi definiscono l'ambito degli interventi di cura o rigenerazione dei beni comuni urbani. Occorre, a tal proposito, sottolineare che gli interventi di cura si riferiscono alla protezione, conservazione e manutenzione dei beni comuni urbani per garantire e migliorare la loro fruibilità e qualità, mentre gli interventi di rigenerazione sono volti al recupero, alla trasformazione e all'innovazione dei beni comuni, partecipi, tramite metodi di co-progettazione, di processi sociali, economici, tecnologici ed ambientali, ampi e integrati, che complessivamente incidono sul miglioramento della qualità della vita nella città.

4.4. I patti di collaborazione

I patti di collaborazione sono lo strumento individuato dai Regolamenti sui beni comuni per dar vita alla collaborazione tra Comune e i cittadini attivi ai fini della realizzazione degli interventi di cura, rigenerazione e gestione dei beni comuni in forma condivisa.

Il primo elemento centrale che emerge da tale definizione è la natura pattizia dello strumento: il patto di collaborazione è uno strumento giuridico a cui le parti addivengono tramite una negoziazione, un accordo.

Il secondo elemento centrale è posto dall'obiettivo a cui tende lo strumento, ossia il "governo condiviso dei beni comuni urbani". In questo senso, il patto di collaborazione è necessario per definire esattamente il perimetro delle attività concordate tra amministrazione e cittadini per gestire e amministrare i relativi beni comuni urbani⁴²⁶.

⁴²⁶ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 107.

4.4.1. La natura giuridica del patto di collaborazione

Una delle questioni cardine attinenti al patto di collaborazione riguarda la sua natura giuridica. Il difficile inquadramento giuridico di tale strumento attiene da una parte all'ampiezza data dalla definizione contenuta nei vari Regolamenti, dall'altra dall'assenza di una disciplina legislativa.

Tale questione riguarda non solo un problema meramente teorico: il corretto inquadramento giuridico consente di individuare le regole applicabili al rapporto.

Il patto di collaborazione presenta affinità con diverse figure giuridiche sia del diritto privato sia del diritto pubblico, anche se una perfetta coincidenza con altre discipline non sembra potersi rintracciare.

Innanzitutto, occorre sottolineare che il regolamento comunale, essendo una fonte secondaria del diritto, non può introdurre nell'ordinamento una nuova fattispecie giuridica. Pertanto, il regolamento comunale nel disciplinare la fattispecie del patto di collaborazione può individuare alternativamente: a) un contratto atipico; b) un provvedimento oppure un accordo o una convenzione pubblici già previsti dalla legge, dunque tipici.

Inoltre, è pacifico che l'amministrazione, parte necessaria del patto di collaborazione, può agire con atti di diritto privato, oltreché mediante atti amministrativi.

Fatte queste premesse, la dottrina si è interrogata sulla natura giuridica del patto di collaborazione, inquadrandolo in cinque diverse fattispecie giuridiche.

a. Innanzitutto, si ritiene che il patto di collaborazione abbia natura di provvedimento amministrativo, e pertanto è stato ricondotto nella fattispecie della *concessione amministrativa*.

La concessione amministrativa costituisce il titolo con cui i privati vengono ammessi alla fruizione di beni pubblici demaniali o anche del patrimonio indisponibile. Per questo motivo, il patto di collaborazione avente ad oggetto beni di proprietà degli enti locali viene associato impropriamente dagli operatori

alla concessione. Tra i caratteri essenziali della concessione vi sono: la funzione di legittimare il privato all'appropriazione delle utilità economiche del bene pubblico mediante l'uso in via esclusiva del medesimo; il pubblico interesse specifico sotteso all'emanazione dell'atto di concessione; la natura giuridica di atto amministrativo unilaterale; la sottrazione del bene pubblico all'uso generale e la sua attribuzione in via esclusiva al privato concessionario; il contenuto patrimoniale del contratto di concessione. Da tali caratteri emerge la differenza con i patti di collaborazione, in particolare con riferimento alla modalità di gestione del bene. Mentre la concessione realizza un'attribuzione del bene pubblico in esclusiva al soggetto privato concessionario, con la conseguente sottrazione del bene stesso all'uso generale, nel patto di collaborazione il bene, individuato come comune, viene restituito all'uso generale della collettività e i cittadini attivi che stipulano il patto con l'amministrazione non ottengono un uso esclusivo del bene, ma anzi sono vincolati a utilizzarlo e gestirlo in modo da garantire l'uso generale attraverso la massima accessibilità del bene. Inoltre, il patto di collaborazione non è improntato ad uno sfruttamento economico del bene da parte del privato, come avviene per la concessione, ma la causa del negozio ha natura solidale e comunque non patrimoniale⁴²⁷.

Una particolare forma di concessione di beni, che presenta maggiori affinità col patto di collaborazione, è la concessione in uso e locazione di beni immobili appartenenti allo Stato, introdotta dal d.p.r. 13 settembre 2005, n. 296. Tale ipotesi consente di affidare in concessione o di locare, anche gratuitamente o a canone ridotto rispetto a quello di mercato, gli immobili di proprietà dello Stato gestiti dall'Agenzia del Demanio, destinati ad un uso diverso da quello abitativo, tra cui gli istituti scolastici e le strutture sanitarie pubbliche od ospedaliere. Tale tipologia di concessione deve essere rivolta a "finalità di interesse pubblico o di particolare rilevanza sociale".

⁴²⁷ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., pp. 111 ss.

Le affinità riguardano il perseguimento dell'interesse generale e l'uso gratuito del bene pubblico, presenti sia nella concessione agevolata sia nel patto di collaborazione. Tuttavia, anche questo istituto presenta notevoli differenze con lo strumento collaborativo dei Regolamenti: innanzitutto, mentre nella concessione agevolata il concessionario è gravato degli oneri di qualsiasi natura derivanti dall'immobile per il periodo di affidamento, nel patto di collaborazione l'amministrazione può prevedere forme di sostegno per facilitare l'attività dei cittadini; se nella concessione agevolata il bene è attribuito in relazione all'attività svolta dai soggetti concessionari, nei patti di collaborazione il bene viene restituito alla collettività, che se ne prende cura secondo le modalità pattuite con l'amministrazione. In ogni caso, inoltre, le concessioni, anche agevolate, riflettono un'impostazione autoritativa sia nell'esercizio del potere pubblico sia nel rapporto tra amministrazione e concessionari, nei patti di collaborazione, invece, il rapporto tra amministrazioni e cittadini è improntato su una concezione paritaria e collaborativa.

- In secondo luogo, si ritiene che il patto di collaborazione possa rientrare negli *accordi tra amministrazioni e privati*, di cui all'art. 11, l. n. 241/1990. Gli accordi amministrativi costituiscono un modulo procedimentale dell'attività amministrativa alternativo allo schema classico dell'azione autoritativa e provvedimentale ⁴²⁸. Proprio il carattere consensuale dell'accordo amministrativo ha portato all'assimilabilità del patto di collaborazione con quest'ultimo. In tal senso, l'attivazione di un percorso di cura e rigenerazione di un bene comune urbano è espressione di un potere amministrativo, esercitato secondo moduli partecipativi e consensuali. Quindi, anche nel patto di collaborazione possono essere individuate due fasi: una prima fase di esercizio del potere, in cui l'amministrazione decide di sottrarre un bene, che formalmente le appartiene, all'uso generale, e una seconda fase in cui la stessa

⁴²⁸ *Supra*, Paragrafo 2.9. Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione.

amministrazione attribuisce le utilità, o parte di esse, che derivano dal bene, a uno o più soggetti, i quali, per contro, si impegnano alla cura e alla rigenerazione del bene stesso secondo le modalità concordate tra i soggetti privati e il soggetto pubblico⁴²⁹.

Occorre sottolineare che solo il Regolamento di Verona ha espressamente qualificato il patto di collaborazione (definito *patto di sussidiarietà*) come un accordo ai sensi dell'art. 11, l. 241/1990⁴³⁰, ma la quasi totalità dei Regolamenti non definisce la natura del patto di collaborazione né richiama altre fattispecie normative, fatta eccezione per gli atti non autoritativi.

- In terzo luogo, il patto di collaborazione è stato accostato alla figura del c.d. *partenariato sociale*, oggi disciplinato all'art. 190, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. I contratti di partenariato sociale sono forme di programmazione concordata di attività, in cui l'interesse pubblico, sotteso all'attività stessa, viene definito insieme dai soggetti pubblici e privati. Tra questi rientra il baratto amministrativo, spesso confrontato con il patto di collaborazione⁴³¹.

L'affinità tra i patti di collaborazione e i contratti di partenariato sociale attiene solamente alle attività oggetto degli istituti, dal momento che il partenariato sociale disciplina procedure partecipative orientate al coinvolgimento dei cittadini e alla partecipazione nella cura di taluni beni pubblici, che senz'altro possono definirsi beni comuni.

Quanto ai principi che fondano le due fattispecie le differenze sono notevoli. Il baratto amministrativo, a differenza delle altre fattispecie di partenariato, persegue finalità di interesse generale. Tuttavia, la sua collocazione all'interno del testo unico sui contratti pubblici, nonché il suo carattere oneroso e sinallagmatico, ha indotto gli studiosi a ritenere applicabile al baratto amministrativo il principio della concorrenza e le regole in materia di evidenza

⁴²⁹ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., pp. 117 ss.

⁴³⁰ Art. 2 del Regolamento per la gestione condivisa dei beni comuni della città di Verona, consultabile al sito www.comune.verona.it.

⁴³¹ *Supra*, Paragrafo 2.10.4. Baratto amministrativo (cenni).

pubblica nella scelta del contraente, che al contrario non possono ritenersi applicabili ai patti di collaborazione⁴³².

Innanzitutto, dal momento che l'oggetto dei patti di collaborazione non riguarda l'acquisto di beni, servizi o lavori, esclude l'applicazione ad esso del Codice dei contratti pubblici.

In secondo luogo, i patti di collaborazione si caratterizzano per non essere connotati da onerosità né da uno scambio sinallagmatico tra le parti, ma per finalità solidaristiche e di cooperazione, che fuoriescono dall'ambito di applicazione del principio di concorrenza.

- Inoltre, si è ritenuto che il patto di collaborazione possa trovare collocazione nell'ambito dell'art. 1, comma 1-bis, l. 241/1990, secondo cui “la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”. Si tratterebbe, quindi, di atti amministrativi non autoritativi.

Tale tesi è ritenuta la più conforme, dal momento che gli stessi Regolamenti sui beni comuni stabiliscono di norma che la collaborazione tra cittadini e amministrazione si realizza mediante l'adozione di atti amministrativi di natura non autoritativa.

La collocazione dei patti di collaborazione nell'alveo dell'attività amministrativa non autoritativa permette sia di coniugare la tutela dell'interesse pubblico con la natura consensuale di tale strumento sia di applicare alla fattispecie la disciplina di diritto privato.

- Da ultimo, il patto di collaborazione potrebbe essere considerato un atto di diritto privato, un *contratto*. L'idea è quella di svincolare la partecipazione dei cittadini al governo dei beni comuni dalle logiche, tendenzialmente autoritarie, del diritto pubblico. In particolare, si ritiene che il patto di collaborazione sia un contratto con causa solidale, ossia un negozio destinato a realizzare un interesse generale accanto a quello particolare che è proprio dell'autonomia negoziale

⁴³² R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., pp. 120 ss.

delle parti⁴³³: l'interesse particolare è la volontà dei cittadini attivi di realizzare forme di governo condiviso dei beni comuni, l'interesse generale è rappresentato dall'attività svolta, che favorisce la collettività intera.

In tal modo, il patto di collaborazione determina il sorgere di obbligazioni a carico delle parti, soprattutto del privato – di rigenerazione, cura e manutenzione – a cui si applicano le norme sulle obbligazioni in generale, in particolare quelle sull'inadempimento e sulle sue conseguenze (art. 1218 c.c.) e quelle sulla diligenza nell'adempimento (artt. 1176, 1371 c.c.)⁴³⁴.

Tuttavia, non mancano criticità nel ricondurre il patto di collaborazione al contratto di diritto privato, dal momento che la fruizione collettiva dei beni comuni urbani è destinata al perseguimento di fini pubblici e la stipula del patto di collaborazione avviene all'esito di un vero e proprio procedimento amministrativo.

In conclusione, è possibile formulare alcune osservazioni.

Innanzitutto, essendo il patto di collaborazione una fattispecie ampia, si può ritenere che si tratti di un "*assetto a geometria variabile*", ossia di una individuazione della natura giuridica dello strumento da effettuarsi caso per caso sulla base del suo concreto atteggiarsi⁴³⁵.

In secondo luogo, la riconducibilità del patto di collaborazione alla fattispecie del contratto o dell'accordo amministrativo presenta significative differenze. Il contratto è l'atto privato per eccellenza, mentre l'accordo amministrativo è un atto amministrativo, adottato a seguito di un procedimento amministrativo preordinato alla ricerca del consenso sullo stesso o alla negoziazione dell'atto. Questo comporta che, se l'amministrazione stipula un contratto, la giurisdizione in caso di controversie appartiene di norma al giudice ordinario, mentre, se siamo nell'ambito dell'accordo, pur applicandosi il diritto privato in quanto compatibile, in ogni caso

⁴³³ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 115.

⁴³⁴ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *ibid.*

⁴³⁵ P. MICHIARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, in "Aedon", fasc. 2, 2016.

la fattispecie è assoggettata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 133, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Da ultimo, il punto più controverso è sicuramente la riconducibilità dello strumento al diritto pubblico oppure al diritto privato. Tale problematica sorge perché una delle parti necessarie del patto è l'amministrazione comunale, formalmente proprietaria del bene comune oggetto del governo condiviso.

L'appartenenza al ramo del diritto privato o al ramo del diritto pubblico comporta l'applicazione di regole giuridiche diverse: a) in fase di formazione del rapporto tra cittadini attivi e amministrazione; b) durante lo svolgimento del rapporto stesso; c) nella fase (eventuale) patologica del rapporto, ossia in caso di ricorso al giudice⁴³⁶. La fase di formazione del rapporto, pur presentando le caratteristiche del procedimento amministrativo, è informato a caratteri di paritarietà tra le parti ed è basato sulla negoziazione del consenso. La stessa disciplina della l. 241/90 garantisce, inoltre, un'ampia partecipazione del privato al procedimento.

Quanto allo svolgimento del rapporto, invece, si ritiene che questo sia disciplinato in modo preponderante dalle regole del diritto privato.

Pertanto, la questione irrisolta attiene alla giurisdizione in caso di controversie.

Se lo svolgimento del rapporto è assoggettato alle regole del diritto dei contratti, le parti possono far valere i propri diritti dinnanzi al giudice ordinario, ma, se la lesione di un diritto discende da un atto dell'amministrazione, considerato autoritativo e in applicazione di un pubblico potere, allora la tutela dovrebbe spettare al giudice amministrativo.

Nel caso in cui il patto di collaborazione costituisca un'ipotesi di accordo amministrativo, invece, in caso di controversie sulla formazione, conclusione ed esecuzione dell'accordo, la tutela spetta al giudice amministrativo con giurisdizione esclusiva.

⁴³⁶ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 123.

4.4.2. Proponenti e contenuto dei patti di collaborazione

I proponenti sono la “parte privata” firmataria del patto di collaborazione.

Uno sguardo generale ai patti stipulati negli ultimi anni e i dati forniti dall'amministrazione permettono di classificare i firmatari dei patti di collaborazione in: cittadini singoli, stranieri organizzati, (mere) associazioni, associazioni di volontariato, *onlus* di vario genere, associazioni di promozione sociale (laiche o di ispirazione religiosa), cooperative sociali, gruppi informali di cittadini, imprenditori singoli, gruppi informali di imprenditori, scuole, enti pubblici, fondazioni⁴³⁷.

Inoltre, l'art. 2 Cost. individua le formazioni sociali: queste, però, partono dal singolo e non nascono già giuridicizzate e strutturate, pertanto si ammette l'apertura anche a gruppi informali⁴³⁸.

È evidente la complessità e i costi di transazione del doversi relazionare con soggetti così diversi e spesso privi di un unico referente o di un centro di imputazione.

Quanto ai contenuti, prendendo a modello il Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani della città di Bologna⁴³⁹, il patto di collaborazione deve definire:

- gli obiettivi che la collaborazione persegue e le azioni di cura condivisa: in tal senso, I contenuti possono essere i più vari, tutela e conservazione del verde pubblico vicinale; cura di arredi urbani minuti; riqualificazione di parchi; recupero di giovani disagiati; comunicazione attiva territoriale; tutela e cura di beni comuni in genere; rigenerazione di quartieri degradati; sostegno all'infanzia; attività sportive ed educative; arte e cultura locale; educazione alimentare in un'ottica di sostenibilità ambientale ed equità sociale; difesa non violenta (sicurezza del territorio); integrazione sociale (stranieri, giovani, anziani); creazione di percorsi didattici; educazione al riutilizzo dei beni;

⁴³⁷ P. MICHIARA, op. cit.

⁴³⁸ P. MICHIARA, op. cit.

⁴³⁹ Il Regolamento è consultabile sul sito www.comune.bologna.it

distribuzione di beni alla popolazione carceraria; cura e riqualificazione del territorio e degli edifici pubblici in zone degradate; cura e rivitalizzazione di spazi pubblici; interventi di manutenzione di scuole; riconversione urbana; manutenzione e pulizia di aree pubbliche e private; occupazione, utilizzo e gestione di beni dismessi; *book crossing*; manutenzioni impiantistiche; attività di vario genere presso biblioteche comunali; sportelli informativi e di ascolto per studenti con disturbi specifici di apprendimento;

- la durata della collaborazione, le cause di sospensione o di conclusione anticipata della stessa: possono essere stipulati patti di breve durata o comunque di modestissimo rilievo economico, riferibili ad un territorio assai limitato, così come veri e propri accordi di trasformazione urbana;
- le modalità di azione, il ruolo ed i reciproci impegni dei soggetti coinvolti, i requisiti ed i limiti di intervento;
- le modalità di fruizione collettiva dei beni comuni urbani oggetto del patto;
- le conseguenze di eventuali danni occorsi a persone o cose in occasione o a causa degli interventi di cura e rigenerazione, la necessità e le caratteristiche delle coperture assicurative e l'assunzione di responsabilità secondo quanto previsto dal regolamento, nonché le misure utili ad eliminare o ridurre le interferenze con altre attività.

In materia di riparto della responsabilità, innanzitutto il patto di collaborazione disciplina in modo puntuale i compiti di cura e rigenerazione dei beni comuni urbani concordati tra l'amministrazione e i cittadini e le responsabilità connesse. Si prevede che i cittadini attivi rispondono degli eventuali danni cagionati, per colpa o dolo, a persone o cose nell'esercizio dell'attività di cura e rigenerazione dei beni comuni urbani. In questi casi, siamo nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, di cui all'art. 2043 c.c., secondo cui "*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*". In tal caso, non deve essere

configurabile in capo ai cittadini attivi una posizione di custodia sul bene comune urbano.

In ogni caso, il danneggiato, secondo il regime ordinario di responsabilità extracontrattuale, dovrà provare tutti gli elementi costitutivi della responsabilità del cittadino attivo che venga chiamato a rispondere dei danni, nonché della condotta omissiva del danneggiante e della colpevolezza e rimproverabilità soggettiva di tale condotta.

In caso di pluralità di cittadini attivi, può risultare applicabile l'art. 2055 c.c., il quale statuisce che *“se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali”*. Pertanto, anche nelle attività di cura, gestione e rigenerazione di un bene comune urbano, in assenza della prova del fatto che eventuali danni a terzi sono causalmente collegati alla condotta di uno specifico componente del gruppo, scatta la solidarietà passiva nell'obbligazione risarcitoria. Pertanto, un danneggiato potrebbe chiedere il pagamento dell'intero risarcimento a ciascun singolo componente del gruppo informale o a una sola delle associazioni parti di un patto. I soggetti responsabili sarebbero obbligati a pagare, salvo poi il diritto di rivolgersi agli altri cittadini attivi affinché gli oneri del risarcimento siano supportati proporzionalmente e nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate⁴⁴⁰.

Inoltre, i cittadini attivi assumono, ai sensi dell'art. 2051 c.c., la qualità di custodi dei beni stessi, tenendo sollevata ed indenne l'amministrazione comunale da qualsiasi pretesa al riguardo. Si tratta di un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale speciale rispetto alla regola generale dell'art. 2043 c.c. Secondo tale disposizione, *“ciascuno è responsabile delle cose che ha*

⁴⁴⁰ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., pp. 214 ss.

in custodia, salvo che provi il caso fortuito". Il soggetto che si ritenga leso da una cosa sotto il controllo di un custode deve limitarsi a dare prova della presenza ed entità del danno e del rapporto di causalità tra conseguenze dannose e cosa. Sussistendo queste prove, il custode sarà responsabile, a meno che non riesca a liberarsi provando che il danno è stato provocato da un caso fortuito.

La previsione di cui all'art. 2051 c.c., seppur si presenta come un elemento di garanzia per l'amministrazione comunale, che, pur restando formalmente proprietaria del bene, tramite il patto di collaborazione si spoglia in tutto o in parte del potere di controllo materiale sul bene stesso, non deve essere un elemento tanto disincentivante da scoraggiare lo sviluppo di iniziative di partecipazione civica.

Il patto di collaborazione disciplina, inoltre, le eventuali coperture assicurative dei privati e la responsabilità civile verso terzi connessi allo svolgimento dell'attività di cura dei beni comuni. Il Comune può favorire la copertura assicurativa dei cittadini attivi attraverso la stipula di convenzioni quadro con operatori del settore assicurativo che prevedano la possibilità di attivare le coperture su richiesta, a condizioni agevolate e con modalità flessibili e personalizzate. Nella città di Torino si assiste ad una grande estensione dei soggetti assicurati: sono assicurati volontari e cittadini attivi che stipulano patti di collaborazione con la città e l'assicurazione è prestata [anche] a favore degli iscritti e partecipanti ad attività organizzate e/o gestite e/o autorizzate dall'ente contraente.

Inoltre, l'associazione Labsus, in collaborazione con UnipolSai, ha elaborato due polizze-tipo ("Polizza collettiva Responsabilità Civile Cittadini Attivi" e "Polizza collettiva Infortuni Cittadini Attivi")⁴⁴¹, con l'intento di creare degli strumenti agili che rispondessero alle esigenze amministrative degli enti locali e favorissero la partecipazione delle comunità. In esse, si afferma che "per assicurati devono intendersi i soggetti, singoli, associati o comunque riuniti in

⁴⁴¹ Le polizze-tipo sono consultabili al sito labsus.org.

formazioni sociali, anche di natura imprenditoriale, che prestano in modo personale, spontaneo e gratuito, la propria attività per la conservazione e manutenzione di spazi pubblici”

Con riguardo ai concreti profili assicurativi della rigenerazione, cura e gestione dei beni comuni urbani, il quadro è stato arricchito dalla pronuncia dell’Adunanza Plenaria della Corte dei Conti⁴⁴². La questione riguarda la possibilità per gli enti locali di assicurare a proprie spese singoli individui che prestino la loro opera di volontariato nell’ambito di progetti o iniziative riconducibili alle funzioni esercitate dalle pubbliche amministrazioni. Il principio di diritto pronunciato dal giudice contabile è il seguente: *“Gli enti locali possono stipulare, con oneri a loro carico, contratti di assicurazione per infortunio, malattia e responsabilità civile verso terzi a favore di singoli volontari coinvolti in attività di utilità sociale, a condizione che, con apposita disciplina regolamentare, siano salvaguardate le libertà di scelta e di collaborazione dei volontari, l’assoluta gratuità della loro attività, l’assenza di qualunque vincolo di subordinazione e la loro incolumità personale”*.

Tale principio è importante per tre ragioni pratiche: innanzitutto, si afferma la possibilità per il settore pubblico di operare nell’ambito assicurativo per facilitare o abilitare pratiche volontarie di partecipazione civica; in secondo luogo, si esplicita la differenza che sussiste tra lavoro e volontariato, quest’ultima caratterizzata dall’essenziale gratuità con la conseguenza che le pubbliche amministrazioni devono limitarsi a rimborsare le sole spese vive documentate; da ultimo, le soluzioni interpretative della Corte dei Conti sono suscettibili di essere estese anche ai soggetti che, a vario titolo, si attivino per la cura dei beni comuni urbani⁴⁴³.

- le garanzie a copertura di eventuali danni arrecati al Comune in conseguenza della mancata, parziale o difforme, realizzazione degli interventi concordati;

⁴⁴² Deliberazione dell’Adunanza Plenaria della Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti, n. 26, depositata il 24 novembre 2017.

⁴⁴³ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., pp. 218 ss.

- le forme di sostegno messe a disposizione dal Comune, modulate in relazione al valore aggiunto che la collaborazione è potenzialmente in grado di generare. Tra le forme di sostegno previste dai Regolamenti comunali troviamo l'uso gratuito di beni immobili di proprietà del comune, l'accollo da parte della pubblica amministrazione delle spese per le forniture di luce, acqua ed energia, nonché per le manutenzioni, relative al bene immobile, l'attribuzione da parte del comune di beni strumentali, come beni di consumo e dispositivi di protezione individuale, la formazione e l'affiancamento da parte dei dipendenti comunali in alcune attività, o addirittura l'esenzioni dai tributi o l'attribuzione di contributi in denaro (vietati espressamente nel Regolamento di Torino, mentre consentiti, ma sottoposti a procedure di controllo da parte dell'amministrazione nel Regolamento di Bologna⁴⁴⁴).

Per la buona riuscita degli interventi di cura, gestione condivisa e rigenerazione di beni comuni urbani è prevista la possibilità per i cittadini attivi di reperire fondi per auto-finanziare le proprie attività, previsione simile a quella contenuta nell'art. 7, comma 2, Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117), secondo cui *“gli enti del Terzo settore, possono realizzare attività di raccolta fondi anche in forma organizzata e continuativa, anche mediante sollecitazione al pubblico o attraverso la cessione o erogazione di beni o servizi di modico valore, impiegando risorse proprie e di terzi, inclusi volontari e dipendenti, nel rispetto dei principi di verità, trasparenza e correttezza nei rapporti con i sostenitori e il pubblico, in conformità a linee guida adottate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentiti la Cabina di regia di cui all'articolo 97 e il Consiglio nazionale del Terzo settore”*.

Alcuni aspetti relativi alle forme di sostegno pongono questioni delicate in relazione alle regole di attribuzione dei benefici da parte della pubblica

⁴⁴⁴ Ai sensi dell'art. 24 del Regolamento di Bologna, *“nel definire le forme di sostegno, l'amministrazione riconosce contributi di carattere finanziario solo e nella misura in cui le necessità cui gli stessi sono preordinati non siano affrontabili con sostegni in natura”*.

amministrazione (art. 12, l. 241/1990), ai rapporti con i contratti di sponsorizzazione e al baratto amministrativo.

Innanzitutto, l'art. 12, l. 241/1990, rubricato "Provvedimenti attributivi di vantaggi economici", stabilisce che *"la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi e dalla loro pubblicazione"*. Il settore pubblico è abilitato ad attribuire, con modalità differenti, vantaggi economici nei confronti dei privati, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza e dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Il provvedimento attributivo di vantaggi economici può avere ad oggetto la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere. L'obbligo in capo all'amministrazione, nel momento in cui decide di attribuire vantaggi economici, è quello di determinare in anticipo le modalità dell'attribuzione, a cui si vincola. Con il d.lgs. 33/2013 si è previsto l'obbligo di pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni di tutti gli atti di predeterminazione dei criteri di attribuzione di benefici comunque denominati e tutti gli atti di attribuzione di benefici di valore superiore ai mille euro.

L'elemento che legittima l'adozione di procedure rispettose dei canoni di pubblicità e trasparenza è proprio la specificità dei beni comuni, imperniati sull'uso pubblico e sull'accesso. La stessa conclusione riguarda le attribuzioni di sostegno che concorrono a determinare il contenuto negoziale dei patti.

Occorre, pertanto, affermare che i vantaggi attribuiti dagli enti pubblici non sono destinati in via esclusiva ai cittadini attivi, ma all'effettivo perseguimento dell'uso pubblico del bene comune urbano: pertanto, ad essere sostenute non

sono le attività in senso soggettivo delle formazioni sociali, ma gli specifici programmi di cura dei beni comuni⁴⁴⁵.

Tuttavia, le difficoltà di bilancio delle pubbliche amministrazioni non permettono a queste di adottare politiche espansive di sostegno dell'autonomia civica, ed anzi possono spesso obbligare le pubbliche amministrazioni a rinunciare in tutto o in parte al sostegno di iniziative di cura, gestione condivisa o rigenerazione.

Il contratto di sponsorizzazione, invece, costituisce un contratto atipico con cui una parte, detta *sponsee* o sponsorizzato, in cambio di un corrispettivo in denaro si impegna nei confronti della controparte, detta *sponsor*, a consentire lo sfruttamento della propria immagine da parte di quest'ultima.

Nell'ambito delle attività di cura, gestione condivisa o rigenerazione dei beni comuni urbani, lo *sponsor* potrebbe essere tanto un soggetto privato quanto un soggetto pubblico. Tuttavia, normalmente lo *sponsor* è un soggetto imprenditoriale e ciò risponde ad una logica del tutto diversa da quella del patto di collaborazione, estranea a meccanismi basati sul profitto. Pertanto, il Regolamento della città di Torino, all'art. 18, esclude espressamente che i cittadini possano stipulare con qualunque soggetto contratti di sponsorizzazione volti al reperimento di risorse economiche idonee a finanziare le attività oggetto dei patti di collaborazione.

Anche nel Regolamento della città di Bologna non si trovano indicazioni esplicite in materia di sponsorizzazioni, ed anzi, agli artt. 1 e 2, si afferma che "il patto di collaborazione, al fine di fornire visibilità alle azioni realizzate dalle cittadine e dai cittadini attivi nell'interesse generale, può prevedere e disciplinare forme di pubblicità, quali, per esempio l'installazione di targhe informative, menzioni speciali, spazi dedicati negli strumenti informativi. La visibilità concessa non può costituire in alcun modo una forma di corrispettivo delle azioni realizzate dalle cittadine e dai cittadini attivi, rappresentando una

⁴⁴⁵ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., p. 182.

semplice manifestazione di riconoscimento pubblico dell'impegno dimostrato e uno strumento di stimolo alla diffusione di pratiche di cura, gestione condivisa e rigenerazione dei beni comuni”.

In controtendenza si pone, invece, il prototipo Labsus 2018 che, invece, demanda all'Ufficio per l'amministrazione condivisa – unità organizzativa trasversale deputata a facilitare i procedimenti di amministrazione condivisa e disciplinata all'art. 6 – il compito di supportare gli altri uffici “nell'individuazione di strumenti di sponsorizzazione e di raccolta fondi”.

Il problema relativo alle sponsorizzazioni in materia di sostegno delle attività sui beni comuni urbani attiene alla qualità dello *sponsor*, la cui attività deve rispettare i principi del Regolamento. Per questo motivo ed anche per evitare che il patto di collaborazione si riduca ad essere un contratto oneroso a prestazioni corrispettive, il divieto del contratto di sponsorizzazione appare comprensibile. Tuttavia, non resta che interrogarsi circa la sostenibilità degli interventi di autonomia civica effettuati dai cittadini attivi, che potrebbe essere più agevolmente garantita facendo ricorso proprio alle sponsorizzazioni.

Sono, invece, espressamente consentite forme di finanziamento, come il mecenatismo e il patrocinio, nell'ambito del governo dei beni comuni.

Per mecenatismo si intendono gli atti unilaterali consistenti in sovvenzioni erogate a titolo di liberalità, senza che il beneficiario assuma alcun obbligo di divulgazione dei segni distintivi del mecenate. La prassi prevede di norma che il soggetto beneficiario manifesti un ringraziamento pubblico verso il mecenate attraverso l'apposizione di targhe e simili.

Il patrocinio, invece, è un accordo con cui una pubblica amministrazione eroga una somma di denaro ad un soggetto, di norma senza fini di lucro, per supportare le attività o i progetti. In alternativa all'erogazione di una somma di denaro, è previsto l'accollo delle obbligazioni contratte dal soggetto patrocinato o la concessione di servizi o spazi gratuitamente o a prezzi agevolati.

In entrambi i casi, non si tratta di un contratto a prestazioni corrispettive e i Regolamenti non pongono alcun divieto.

Il richiamo tra le forme di sostegno del baratto amministrativo è dovuto alla previsione nel patto di collaborazione di forme di esenzione in tutto o in parte di tasse o tributi di varia natura per i soggetti che effettuano attività di cura dei beni comuni urbani. Tuttavia, la differenza tra le due fattispecie è strutturale e profonda: il baratto amministrativo è un contratto riconducibile all'idea dello scambio oneroso, in cui l'esenzione dai tributi costituisce un corrispettivo per le attività di cura prestate; la logica del patto di collaborazione, invece, è diversa, dal momento che i cittadini attivi e le pubbliche amministrazioni organizzano in maniera cooperativa interessi convergenti verso obiettivi di cura, gestione condivisa e rigenerazione dei beni comuni.

Per tale motivo, le agevolazioni o le esenzioni di natura fiscale accordate da un ente pubblico per il governo dei beni comuni urbani assume una qualificazione giuridica del tutto diversa dal baratto amministrativo;

- le misure di pubblicità del patto, le modalità di documentazione delle azioni realizzate, di monitoraggio periodico dell'andamento, di rendicontazione delle risorse utilizzate e di misurazione dei risultati prodotti dalla collaborazione fra cittadini e amministrazione;
- l'affiancamento del personale comunale nei confronti dei cittadini, la vigilanza sull'andamento della collaborazione, la gestione delle controversie che possano insorgere durante la collaborazione stessa e l'irrogazione di sanzioni per inosservanza del regolamento o delle clausole del patto;
- le cause di esclusione di singoli cittadini per inosservanza del regolamento o delle clausole del patto, gli assetti conseguenti alla conclusione della collaborazione, quali la titolarità delle opere realizzate, i diritti riservati agli autori delle opere dell'ingegno, la riconsegna dei beni, e ogni altro effetto rilevante;
- le modalità per l'adeguamento e le modifiche degli interventi concordati.

4.4.3. La procedura

Le procedure per stipulare i patti di collaborazione sono previste dai Regolamenti sui beni comuni in modo più o meno dettagliato.

Innanzitutto, un bene è comune in quanto individuato come tale da una comunità di riferimento, che ha una relazione con il bene basata sul soddisfacimento dei diritti fondamentali. Accanto a tale ipotesi, i Regolamenti prevedono che singoli cittadini e amministrazioni comunali, formalmente proprietarie degli immobili, identifichino un bene come comune. In ogni caso, l'individuazione del bene coincide di solito con l'*iniziativa*, il primo atto propulsivo delle procedure per il governo condiviso. Prima di addentrarci nella procedura per la stipulazione dei patti di collaborazione, occorre esporre i principi che rilevano con riferimento agli aspetti procedurali ed enunciati nei Regolamenti:

- a. il *principio di informalità*, in base al quale il rapporto è soggetto a formalità particolari solo quando ciò è necessario perché previsto dalla legge – ad esempio, quando il patto di collaborazione è stipulato nelle forme del contratto, si richiede necessariamente la forma scritta a pena di nullità. In ogni caso, il principio tende a favorire forme flessibili nei rapporti tra amministrazioni e cittadini attivi, in modo tale da non aggravare questi ultimi di oneri formali non necessari;
- b. il *principio di proporzionalità*, che è volto ad evitare aggravii procedimentali per i cittadini attivi nella presentazione della proposta, nell'istruttoria e nello svolgimento della collaborazione;
- c. i *principi di pubblicità e trasparenza*, che devono guidare tutta l'attività amministrativa nell'iter per il governo condiviso;
- d. i *principi di adeguatezza e differenziazione* delle varie forme di collaborazione rispetto alle attività svolte e alle qualità del bene comune urbano e alle persone che ne beneficiano.

Le procedure previste dai Regolamenti sono tre: due sono avviate su iniziativa della pubblica amministrazione, mentre la terza viene attivata spontaneamente dai cittadini attivi, denominati “proponenti” in questa fase.

- La prima procedura, avviata su iniziativa pubblica, riguarda le collaborazioni più semplici, anche dette *ordinarie*.

La Giunta comunale individua, sulla base dei criteri discrezionali di presumibile maggior frequenza di attivazione (criterio quantitativo) e agevole predefinitone della disciplina (criterio qualitativo), le attività da inserire tra le collaborazioni ordinarie e le categorie di beni che possono formare oggetto delle collaborazioni. Inoltre, approva le linee di indirizzo per le attività e per l’attribuzione di eventuali vantaggi economici, indica gli Uffici e i dirigenti competenti per la stipulazione dei patti di collaborazione nell’ambito delle collaborazioni ordinarie.

Successivamente, i cittadini attivi possono presentare agli Uffici competenti proposte relative alle collaborazioni ordinarie così individuate.

Il Dirigente competente valuta la proposta secondo tre profili: 1) il rispetto del Regolamento; 2) la coerenza con le linee d’indirizzo dettate dalla Giunta; 3) la fattibilità tecnica della proposta.

Se la verifica è superata positivamente, il Dirigente procede alla stipulazione del patto di collaborazione; se, invece, la verifica ha esito negativo, il Dirigente lo comunica al proponente motivando le ragioni.

L’obiettivo è quello di velocizzare la sottoscrizione dei patti di collaborazioni per alcune categorie standard di attività: queste ultime non sono oggetto di una negoziazione con i cittadini, durante una fase detta di co-progettazione, ma sono individuate a priori dall’amministrazione.

- Il secondo tipo di procedura a iniziativa pubblica può riguardare qualsiasi bene che l’amministrazione o i cittadini riconoscano come comune. In alcuni Regolamenti, come quello della città di Torino, si prevede che sia il Comune a individuare i beni che possono essere oggetto di proposte di collaborazione, altri

Regolamenti, come quello della città di Bologna, invece, prevedono che l'amministrazione solleciti i cittadini a presentare proposte di collaborazione su qualsiasi bene che questi individuino come comune.

In ogni caso, i Regolamenti non disciplinano compiutamente questa procedura. Tuttavia, il Regolamento di Torino, nell'ambito della sperimentazione di Co-City, di cui si dirà più avanti, ha dettagliato la procedura con la previsione di un avviso pubblico emanato ad hoc.

La Giunta, attraverso una deliberazione che individua uno o più beni che possono essere oggetto delle proposte di collaborazione, sollecita i cittadini attivi. Con lo stesso atto, l'amministrazione determina anche i requisiti fondamentali delle proposte, le linee generali di gestione, cura e rigenerazione, i criteri per la valutazione delle proposte da parte degli Uffici, l'individuazione degli Uffici e dei Dirigenti competenti per l'intero iter di stipulazione dei patti. Successivamente, per mezzo di un *avviso pubblico*, si apre la fase della presentazione delle proposte da parte dei cittadini attivi. Si tratta di una vera e propria consultazione pubblica.

Le proposte di collaborazione pervenute vengono sottoposte dagli Uffici comunali a un vaglio teso ad accertare la loro compatibilità rispetto al contenuto dell'avviso pubblico, in caso negativo le proposte non possono accedere alla fase successiva, a meno che non vengano riformulate.

Le proposte che superano il vaglio, accedono alla fase successiva, detta di *co-progettazione*, in cui amministrazione e cittadini attivi collaborano per concordare il contenuto del patto di collaborazione.

Successivamente, viene stipulato il patto, che è sottoscritto materialmente dai Dirigenti con o senza l'approvazione preliminare della Giunta.

I Regolamenti stabiliscono la più ampia pubblicità di tutti i passaggi di tale iter: per questo motivo, le proposte pervenute dai cittadini vengono pubblicate sul sito internet comunale deputato alle collaborazioni sui beni comuni.

Occorre sottolineare che l'avviso pubblico con cui vengono sollecitate le proposte di collaborazione nell'ambito del governo condiviso dei beni comuni

non ha nulla a che vedere con l'avviso di indizione di una procedura ad evidenza pubblica: questo perché i patti di collaborazione non sono contratti a titolo oneroso, si collocano fuori dalle logiche economiche o di profitto e pertanto non vi è motivo di sottoporli a procedure ad evidenza pubblica, che hanno il precipuo scopo di garantire il rispetto del principio di concorrenza⁴⁴⁶.

- La terza tipologia di procedura prevista dai Regolamenti è quella a iniziativa libera dei cittadini attivi.

In questa ipotesi, il bene comune è individuato dagli stessi soggetti che presentano la proposta per la cura, rigenerazione e gestione condivisa. Può trattarsi di qualunque bene nella titolarità formale (proprietà) dell'amministrazione comunale, di qualsiasi bene presente negli elenchi delle collaborazioni ordinarie o di un bene in disuso, in stato di abbandono o degrado. Questa procedura realizza la massima partecipazione dei cittadini, soprattutto perché l'individuazione del bene avviene da parte delle comunità che si riconoscono a partire da esso.

La procedura si apre con la presentazione della proposta da parte dei cittadini attivi, secondo le modalità descritte nei Regolamenti. Di norma, per agevolare il più possibile le iniziative dei cittadini attivi, le amministrazioni comunali non prevedono una sola modalità di presentazione della proposta, ma accettano le proposte che pervengono attraverso qualsiasi canale a tutti gli Uffici.

Le proposte devono contenere una serie di requisiti minimi: l'identificazione dei soggetti proponenti; l'individuazione del bene; l'attività descritta nelle sue linee essenziali.

L'Ufficio e il Dirigente competenti per l'intera procedura e per la sottoscrizione del patto sono coloro che si occupano della materia prevalente del patto di collaborazione.

Una volta ricevuta la proposta, il Dirigente competente indica al proponente un termine per la conclusione dell'iter istruttorio. Di norma, le procedure per la

⁴⁴⁶ R. A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, op. cit., pp. 88 ss.

stipulazione dei patti devono concludersi entro i termini previsti per i procedimenti amministrativi, ex art. 2, l. 241/1990.

I Regolamenti non disciplinano in modo dettagliato la procedura, ad eccezione del Regolamento di Torino, che, all'art. 10, prevede sette passaggi fondamentali:

- I. i cittadini attivi presentano la proposta di collaborazione mediante invio al Gruppo di lavoro nominato dal Segretario Generale, che svolge una prima istruttoria e individua l'Ufficio e il Dirigente competenti per la procedura;
- II. il Dirigente competente compie una valutazione della proposta tesa a verificare il rispetto del Regolamento e la fattibilità tecnica;
- III. nel caso in cui la verifica abbia esito negativo e difettino le condizioni per procedere, il Dirigente lo comunica motivatamente al proponente;
- IV. in caso di esito positivo, la Giunta comunale adotta una deliberazione con cui individua il bene oggetto della proposta, definisce le linee di indirizzo per la collaborazione e l'eventuale attribuzione di vantaggi economici, indica l'Ufficio e il Dirigente competente alla stipulazione del patto;
- V. il Dirigente competente pubblica la proposta e la deliberazione della Giunta comunale per acquisire osservazioni e contributi; se pervengono proposte alternative il Dirigente avvia un confronto finalizzato a elaborare una proposta condivisa;
- VI. si apre la fase di co-progettazione del contenuto del patto, realizzata in collaborazione con i cittadini, l'Ufficio competente e il gruppo di lavoro;
- VII. all'esito della co-progettazione i cittadini attivi e il Dirigente competente per l'amministrazione stipulano il patto di collaborazione.

Nel caso in cui siano presentate più proposte di collaborazione per attività di cura, rigenerazione e gestione condivisa di un medesimo bene comune urbano, i proponenti devono giungere ad una proposta congiunta e condivisa: una visione competitiva non appartiene all'ambito della partecipazione civica alla

cura dei beni comuni. Nel caso in cui non si giunga ad una proposta congiunta e condivisa, l'Ufficio competente dovrà effettuare una valutazione comparativa delle proposte. Nel caso in cui dalla valutazione comparativa, le proposte risultino sostanzialmente equivalenti, assumerà carattere di priorità l'ordine cronologico di presentazione. La scelta del criterio cronologico appare convincente, in quanto elimina la discrezionalità dell'ente locale nella scelta della proposta e si allontana dall'idea di una selezione competitiva.

4.5. La città di Torino

4.5.1. Il regolamento dei beni comuni dal 2016 ad oggi e il progetto Co-City

La città di Torino ha adottato il *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura, la gestione condivisa e la rigenerazione dei beni comuni urbani n. 375*⁴⁴⁷ con deliberazione del Consiglio Comunale in data 11 gennaio 2016 (mecc. 2015 01776/070), esecutiva dal 25 gennaio 2016⁴⁴⁸.

Con deliberazione del 2 dicembre 2019 (mecc. 2019 01609/070), esecutiva dal 16 dicembre 2019⁴⁴⁹, il Consiglio Comunale ha approvato il nuovo *Regolamento per il governo dei beni comuni urbani nella città di Torino n. 391*, entrato in vigore il 16 gennaio 2020⁴⁵⁰.

L'introduzione del Regolamento per la gestione dei beni comuni a Torino costituisce la sedimentazione normativa di esperienze di "amministrazione condivisa" già sperimentate nella Città.

A tal proposito, si ricordano:

- a. il *Progetto speciale periferie: azioni di sviluppo locale partecipato*, proposto dall'Assessore Artesio, di concerto con l'Assessore Peverano ed avviato nel

⁴⁴⁷ Il Regolamento è consultabile sul sito www.comune.torino.it

⁴⁴⁸ La delibera del Consiglio Comunale è consultabile sul sito www.comune.torino.it

⁴⁴⁹ La delibera del Consiglio Comunale è consultabile sul sito www.comune.torino.it

⁴⁵⁰ Il Regolamento è consultabile sul sito www.comune.torino.it

1997. Lo scopo di tale progetto è quello di concorrere a ricostruire un senso di appartenenza che non solo anima l'esercizio dei diritti di cittadinanza, ma è anche il motore per la partecipazione, l'assunzione di responsabilità, il senso civico⁴⁵¹. Le zone interessate dalle prime sperimentazioni sono Q16 e Q37 nella Circoscrizione 5, Via Ivrea e Via Artom, individuate dai P.R.U. (i Piani di Recupero Urbani). La volontà è quella di dare vita ad "azioni di sviluppo locale partecipato", istituite con deliberazione di Giunta, congiuntamente alla Circoscrizione territorialmente competente, con la quale si avrà cura di concordare le modalità, le risorse finanziarie e umane messe a disposizione, le reciproche competenze rispetto al funzionamento, l'accoglienza delle istanze presentate dalle associazioni di quartiere. In ciascuna zona oggetto dell'intervento, viene identificato un luogo come "base" per l'insediamento di un gruppo di lavoro, costituito da risorse interne ed esterne all'Amministrazione Comunale. Il gruppo di lavoro è formato da tecnici in rappresentanza dell'Amministrazione Comunale e da rappresentanti dei Comitati di quartiere, Organizzazioni Sindacali, Associazionismo sportivo culturale ambientalista, cooperazione sociale, volontariato, Imprese private, Ordini professionali di architetti e ingegneri, scuole e altre istituzioni o associazioni locali e ha l'obiettivo di formulare proposte progettuali da presentare alla Circoscrizione e agli uffici preposti. Di tali progetti deve essere data comunicazione ai cittadini, i quali potranno contribuire, con le proprie proposte, al perfezionamento degli stessi.

Ed è proprio nell'ambito delle attività connesse all'istituzione dei vari progetti che viene costituito il "Progetto Speciale Periferie – Azioni di Sviluppo Locale Partecipato", cui fa capo un Dirigente, individuato quale Responsabile del Progetto, nominato dal Sindaco, su proposta del Segretario Generale. Il Dirigente coordina tutte le attività che si sviluppano in seno al Progetto stesso e

⁴⁵¹ Deliberazione del Consiglio Comunale, città di Torino, proposta dalla G.C. dell'11 novembre 1997, n. 97 07550/49, in comune.torino.it.

opera in stretto raccordo con la Divisione Decentramento, la quale costituisce l'ambito organizzativo di riferimento in relazione allo sviluppo delle funzioni amministrative, nonché con il Servizio Centrale Coordinamento Servizi Tecnici in relazione allo sviluppo delle funzioni tecnico-urbanistiche del Progetto stesso.

In seno al Progetto, poi, è costituito un gruppo di lavoro composto da rappresentanti delle Divisioni Decentramento, Servizi Socio-Assistenziali, Servizi Socio-Educativi, Servizi Culturali, Mobilità, Servizi Abitativi, Urbanistica ed Ambiente e del Progetto Speciale Lavoro, Sviluppo, Orientamento e Formazione Professionale. Il gruppo di lavoro è integrato da risorse esterne dotate di professionalità sviluppate negli ambiti della sociologia, della psicologia di comunità, dell'urbanistica, delle tecniche di progettazione partecipata e delle tecniche di comunicazione e di informazione, nonché da altre competenze e professionalità che si possono eventualmente rendere utili in funzione del conseguimento e dello sviluppo degli obiettivi progettuali. Ciò, al fine di valorizzare l'interdisciplinarietà come condizione necessaria per politiche efficaci di riqualificazione.

Il Progetto, inoltre, individua i responsabili dei diversi progetti riferiti alle singole zone di intervento, programma le spese gestionali e attiva la collaborazione con i Settori comunali interessati. Per ogni intervento sono individuate le risorse necessarie, che vengono assegnate all'organo del Progetto Speciale e operano alle dipendenze del Dirigente Responsabile dello stesso. Tutti i provvedimenti assunti dall'Amministrazione Comunale in relazione agli interventi connessi con gli ambiti di interesse del Progetto sono adottati di concerto con il Dirigente Responsabile dello stesso.

Tale Progetto ha come idea cardine quella di considerare i quartieri dotati di proprie specificità, identità, risorse umane, economiche, culturali, di superare la parzialità degli strumenti urbanistici pianificatori e di superare l'esclusione sociale.

Attraverso il Progetto Speciale Periferie sono stati promossi numerosi interventi urbani, quali il Progetto Pilota Urbano “The Gate”, il Contratto di Quartiere, tre Programmi di Recupero Urbano, il Programma di Iniziativa Comunitaria-Urban II e sei Azioni di Sviluppo Locale⁴⁵².

⁴⁵² Il Progetto Pilota Urbano “The Gate-living not leaving” ha riguardato la riqualificazione del quartiere di Porta Palazzo ed è stato avviato a partire dal 1996. Nel 1998 è stato istituito il Comitato Progetto Porta Palazzo, organo no-profit a partecipazione mista di istituzioni pubbliche e di enti privati, con l’incarico di gestire e realizzare l’intero programma di riqualificazione del quartiere, finanziato principalmente dall’Unione Europea, dalla Città di Torino e dal Ministero dei Lavori Pubblici. Gli interventi hanno riguardato sia la riqualificazione pubblica e privata del territorio sia lo sviluppo economico, sociale, culturale, promozionale e di trasformazione dello stesso, in *Il Progetto Porta Palazzo*, www.comune.torino.it.

I Contratti di quartiere sono programmi sperimentali di recupero urbano da localizzare in quartieri segnati da diffuso degrado delle costruzioni e dell’ambiente urbano e da carenze di servizi in un contesto di scarsa coesione sociale e di marcato disagio abitativo. L’obiettivo prioritario è innescare processi di trasformazione, attraverso opere di ristrutturazione urbana, volti a incrementare l’occupazione e ridurre il disagio sociale, in *Contratti di quartiere – Ministero delle infrastrutture e dei trasporti*, www.mit.gov.it, 2009.

I Programmi di Recupero Urbano (PRU) sono programmi complessi di trasformazione e riqualificazione dei quartieri degradati di proprietà pubblica, proposti dai Comuni alle Regioni e finanziati con i fondi Gescal. La Città di Torino, per dare attuazione agli indirizzi di programmazione definiti dalla Regione Piemonte, ha ideato e finanziato con fondi propri i PAS (Piani di accompagnamento sociale), volti a realizzare azioni di comunicazione, partecipazione, accompagnamento sociale per l’incremento occupazionale e lo sviluppo locale e di comunità. Le tre aree interessate sono state Via Artom, Corso Grosseto e Via Ivrea, in *Programmi di Recupero Urbano*, www.comune.torino.it.

I Programmi Urban sono progetti di riqualificazione urbana promossi dall’Unione Europea nell’ambito dei programmi di iniziativa comunitaria (PIC) finanziati congiuntamente dagli Stati membri e dalla Comunità attraverso i Fondi strutturati, con l’obiettivo di promuovere l’elaborazione e l’attuazione di strategie innovative per la rivitalizzazione socioeconomica sostenibile dei centri urbani medio-piccoli o di quartieri degradati dalle grandi città, e favorire lo sviluppo e lo scambio di conoscenze ed esperienze sulla rivitalizzazione e lo sviluppo urbano sostenibile nella Comunità. I programmi possono riguardare la riqualificazione di spazi ed edifici pubblici, ma anche misure che riguardano i servizi sociali e l’imprenditorialità, in S. GUERCIO, M. ROBIGLIO, I. TOUSSAINT, *Periferie partecipate. Cinque casi di riqualificazione urbana a Torino (Italia)*, www.researchgate.net, 2004, pp. 48-49.

Le Azioni di Sviluppo Locale riguardano, invece, lo sviluppo e l’innovazione delle filiere, il turismo sostenibile, la valorizzazione del patrimonio architettonico e paesaggistico diffuso, l’accesso ai servizi pubblici essenziali. Oggi vi sono 14 Gruppi di Azione Locale, che operano nell’ambito dello “Sviluppo locale di tipo partecipativo – Leader” del PSR 2014-2020. Tali gruppi, anche detti GAL, sono perlopiù società consortili, costituite da soggetti pubblici, associazioni di categoria, consorzi, fondazioni, ATL e così via, in *I GAL del Piemonte*, www.regione.piemonte.it.

Nel 2001 il Progetto Speciale Periferie si è trasformato nel *Settore Periferie*, per diventare poi nel 2007 *Settore Rigenerazione Urbana e Sviluppo*, attualmente *Servizio Arredo Urbano, Rigenerazione Urbana e Integrazione*.

- b. le *Case del Quartiere*, avviate a partire dagli anni Duemila, che nascono da ex spazi dismessi, in gran parte di proprietà comunale, riqualificati per usi sociali grazie all'impegno congiunto di attori pubblici, privati, del terzo settore e cittadini. La prima Casa del Quartiere ad essere inaugurata, nel 2007, grazie ai fondi del Programma di rigenerazione urbana Urban II, è la Cascina Roccafranca, situata all'interno del vecchio quartiere operaio di Mirafiori Nord. Il progetto, che ha coinvolto in un percorso di progettazione partecipata cittadini e associazioni del territorio, ha dato il via allo sviluppo di altre sette Case, che dal maggio 2012, grazie anche alla Compagnia di San Paolo, fanno parte della Rete delle Case del Quartiere – Casa del Quartiere di San Salvario, Bagni Pubblici di via Agliè (Barriera di Milano), Hub Cecchi Point (Aurora), Casa nel Parco (Mirafiori Sud), +Spazio4 (San Donato), Barrito (Nizza Millefonti) e Casa di Quartiere Vallette.

Le Case del Quartiere nascono come luoghi aperti a tutti i cittadini e spazi di partecipazione attiva. L'accessibilità è sia di tipo economico – le Case, infatti, offrono molte attività gratuite e praticano prezzi popolari e contenuti – di tipo organizzativo – l'ingresso è libero alle strutture – sia di tipo culturale – le case hanno una visione aperta, rispettosa dei vari orientamenti e delle diversità culturali e di genere. I locali e le aree sono organizzati e strutturati per rispondere alle differenti necessità degli utilizzatori, senza che prevalga un uso esclusivo dello spazio stesso. Gli operatori delle Case del Quartiere hanno competenze in ambito culturale, organizzativo e amministrativo, di cura delle relazioni e di conoscenza delle realtà sociali locali, pertanto sono in grado di accogliere sia progetti volti alla promozione e alla formazione artistica e culturale, nonché ricreativa, sia servizi volti all'informazione, alla consulenza, per famiglie, spettacoli, conferenze e mostre.

Ulteriore scopo è quello di creare dei luoghi intermedi fra il pubblico e il privato, per sperimentare nuove modalità di *welfare urbano*, nonché di ricercare un equilibrio tra auto-sostenibilità economica e contributo pubblico.

Questo percorso, iniziato verso la fine degli anni Novanta, ha portato l'11 gennaio 2016 all'approvazione, in sede di Consiglio Comunale, del primo Regolamento sui beni comuni urbani (Regolamento n. 375), grazie all'impegno di dirigenti e funzionari, coordinati dal Servizio Arredo Urbano, Rigenerazione Urbana e Integrazione. Torino è stata la 73° città italiana ad aver adottato il testo regolamentare sui beni comuni urbani.

Con l'approvazione del testo regolamentare è iniziato nel 2017 il progetto innovativo di promozione della gestione condivisa dei beni comuni chiamato Co-City, avviato grazie al programma europeo Urban Innovative Actions (UIA) ed in partenariato con l'Università di Torino – Dipartimento di informatica e Dipartimento di Giurisprudenza, ANCI nazionale, Fondazione Cascina Roccafranca e la Rete delle Case del Quartiere.

Co-City ha proposto una sperimentazione del Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la gestione condivisa e la rigenerazione dei beni comuni urbani n. 375.

Il Progetto Co-City ha lavorato sull'attivazione di processi di partecipazione dei cittadini, sul coordinamento degli interventi di cura e la loro piena pubblicità, anche attraverso il ricorso a strumenti informatici, come per esempio *FirstLife*, piattaforma che funge da social network di quartiere sviluppata dal Dipartimento di Informatica dell'Università di Torino, sulla definizione di un quadro giuridico per la piena e corretta applicazione del Regolamento e sulla stesura di un modello di patto di collaborazione capace di rappresentare soluzioni di cura, gestione e rigenerazione aventi a oggetto beni comuni urbani tra loro molto diversi: dalla cura degli spazi pubblici (oggetto dei patti di collaborazione di tipo C), agli immobili sotto-utilizzati e alle scuole (oggetto dei patti di collaborazione di tipo B), agli edifici abbandonati che, grazie al finanziamento europeo potevano anche essere ristrutturati (oggetto dei patti di collaborazione di tipo A).

Il *budget* stanziato dalla Città di Torino per le opere di riqualificazione urbana è stato pari a 1.700.000 euro che è stato ripartito così: 1.100.000 euro per gli interventi relativi alle periferie, alle culture urbane e agli edifici abbandonati; 500.000 euro per gli interventi relativi alle scuole e agli immobili sotto-utilizzati; 100.000 euro per gli interventi relativi alla cura dello spazio pubblico.

Le proposte di collaborazione presentate dai cittadini devono necessariamente perseguire specifici obiettivi, tra cui: lo sviluppo della comunità e il presidio territoriale, la produzione culturale urbana, la creazione di opportunità di lavoro, l'innovazione sociale e le imprese di comunità, l'inclusione sociale, il contrasto alle discriminazioni, la sostenibilità ambientale, l'agricoltura urbana e l'economia circolare, l'estensione della disponibilità di spazi, servizi e iniziative pubblici.

Le proposte vengono suddivise a seconda del bene a cui si riferiscono nei tre ambiti di intervento: A. periferie e culture urbane; B. piattaforme di servizio pubblico sottoutilizzate; C. cura dello spazio pubblico.

Ogni proposta viene poi valutata da cinque membri del Gruppo di Lavoro, individuati dal Direttore della Direzione Decentramento, Giovani e Pari Opportunità, che attribuiscono un punteggio, sulla base di alcuni criteri:

- a. ricadute positive sulle condizioni socio-territoriali del quartiere;
- b. capacità di sinergia e integrazione con altre iniziative anche di carattere non esclusivamente locale;
- c. capacità di generare opportunità di lavoro o di inclusione attiva;
- d. fattibilità e sostenibilità economico-finanziaria;
- e. innovatività e capacità di sviluppare processi generativi sociali;
- f. replicabilità del progetto.

Le proposte che presentano un punteggio di valutazione di almeno settanta/centesimi ottengono l'accesso alla fase di co-progettazione, in cui cittadini e amministrazione definiscono l'idea di riqualificazione per giungere alla firma del patto di collaborazione.

Nella Circoscrizione 1 i patti di collaborazione attivati sono stati 4: due proposte di cura dei Giardini Sambuy, in Piazza Carlo Felice, e del Giardino di Via Giulio 14;

una proposta di riqualificazione ambientale in Piazza Arbarello, una proposta di manutenzioni ordinarie, cura e presidio degli spazi dell'Asilo Nido Giulio e Scuola Infanzia Alda Merini, in via Giulio 30.

Nella Circoscrizione 2 sono stati attivati 5 patti di collaborazione: una proposta di cura dello spazio pubblico e animazione sociale da parte di AICS Comitato di Torino e l'Associazione ARIS per l'animazione sociale nell'area sita tra Via Negarville, Via Plava e Via Roveda, una proposta di pulizia, cura e promozione dell'uso del tratto di pista ciclabile Colonnetti – Vallere compreso tra Via Artom e il confine con il Comune di Moncalieri, una proposta di riqualificazione, cura e animazione dei Giardini Morvillo, una proposta di realizzazione di laboratori aperti al territorio presso la Scuola Secondaria di Primo Grado Alessandro Antonelli – Istituto Comprensivo Antonelli Casalegno, in via Lanfranco 2, una proposta di animazione sociale e culturale, nonché di co-manutenzione del cortile scolastico presso la Scuola dell'Infanzia Cento fiori, in via Pisacane 71.

Nella Circoscrizione 3 sono stati attivati 5 patti di collaborazione: una proposta di riqualificazione e valorizzazione ambientale e urbana di Via Di Nanni, una proposta di cura della piazza Delpiano, il Progetto FuturBòita per la riqualificazione dell'edificio sito in via Cumiana 5, una proposta di cura e gestione condivisa del cortile scolastico della Scuola Secondaria di Primo Grado Bernardino Drovetti – Istituto Comprensivo corso Racconigi, una proposta di svolgimento del servizio di apertura e chiusura dei cancelli e della gestione di attività ludico/aggregate per famiglie all'interno del giardino recintato con annessa area gioco bimbi in Via Monte Asolone 60.

Nella Circoscrizione 4 sono stati attivati 8 patti di collaborazione: una proposta di riqualificazione, cura e manutenzione, nonché di animazione sociale e culturale di Piazza Paravia, una proposta di riqualificazione degli spazi e di sviluppo di nuove forme di inclusione sociale nei locali di Via Le Chiuse 66, il Progetto Cabina dell'arte diffusa, volto all'utilizzo, gestione e cura dell'ex cabina telefonica sita in Piazza Peyron, una proposta di gestione dei cassoni per attività orticole e di gestione dei cambi da bocce in Piazza Risorgimento, due proposte per la chiusura serale e

l'apertura mattutina dell'area giochi dei Giardini Faà di Bruno e dell'area gioco di Via Bellardi, una proposta di cura delle fioriere all'ingresso della Chiesa Sant'Alfonso Maria De' Liguori, una proposta di "orto collettivo" in Via Servais 130/17 presso il Giardino Marie Curie.

Nella Circoscrizione 5 i patti di collaborazione attivati sono stati 8: un progetto di riqualificazione del Giardino Riccardo Valla, un progetto di gestione dell'area verde di Via Sospello 131/a, un progetto di riqualificazione dell'area sportiva e dei giardini di Via Ponderano, due progetti per la cura e la manutenzione dell'area verde esterna alla casa circondariale Lorusso e Cutugno presso il quartiere Vallette e dell'area verde presso il giardino Lucento in via Oglanico, un progetto di adozione di Via Fossata adiacente alla Scuola dell'infanzia "De Panis" in Via Ala di Stura 23, un progetto per la cura e la gestione condivisa del cortile scolastico e per la realizzazione di attività laboratoriali presso l'Asilo Nido La Nidiata e la Scuola dell'infanzia Vittorio Veneto, una proposta di realizzazione di attività di orticoltura in una porzione di area verde nel parco Dora denominata "Hortus conclusus".

Nella Circoscrizione 6 sono stati attivati 8 patti di collaborazione: due proposte per la cura e la rigenerazione di Via Mottalciata (Progetto Open(the closed)Street) e di Via Mascagni/Corso Taranto (Progetto Un quartiere per amico), una proposta di gestione dell'area verde in Via Pertengo, una proposta per la riqualificazione e la cura del porticato in Via Leoncavallo, ingresso ex-CEAT, una proposta di riqualificazione ed espansione delle attività del Centro Interculturale della città di Torino in Corso Taranto 160, una proposta di riqualificazione di un polo territoriale volto all'integrazione socio-culturale in Via degli Abeti 13 (Progetto Falklab alla seconda), una proposta per la cura e la gestione condivisa del cortile scolastico dell'Istituto Comprensivo Leonardo da Vinci, una proposta per l'apertura del Centro di protagonismo giovanile El Barrio e per la sua fruizione da parte di soggetti del terzo settore che volessero organizzarvi attività, sia delle e dei giovani interessate/i.

Nella Circoscrizione 7 sono stati attivati 11 patti di collaborazione: una proposta di realizzazione del Progetto Civico Zero rivolto a minori stranieri (accompagnati e

non), a minori italiani in situazione di vulnerabilità e a stranieri neo-maggiorenni presso i locali di Via Mameli 3, una proposta per l'animazione e la cura dello spazio antistante la libreria Thérèse in Corso Belgio angolo Via Mongrado 135, una proposta di cura dello spazio pubblico e di animazione sociale presso il Giardino Marino Ferraro, una proposta di cura dell'aiuola di piazza Don Albera, una proposta di costruzione di un'area sportiva presso i Giardini Madre Teresa di Calcutta, una proposta per la cura e la gestione condivisa dei Giardini Alimonda e per la realizzazione di laboratori aperti al quartiere presso la Scuola Secondaria di Primo Grado Benedetto Croce, una proposta di cura e gestione del cortile scolastico presso la Scuola dell'infanzia Marc Chagall, una proposta per la realizzazione di un blog di quartiere e per la gestione di un palco nel cortile scolastico presso la Scuola Primaria Edmondo De Amicis, una proposta di gestione condivisa del cortile scolastico presso l'Asilo Nido Girasole e la Scuola dell'infanzia Grazia Deledda, una proposta per la pulizia e la cura delle lapidi commemorative e del monumento dedicati al Grande Torino presso il Cimitero Monumentale e la Basilica di Superga, una proposta per la chiusura serale e l'apertura mattutina del Giardino di Via Modena 30.

Nella Circoscrizione 8 sono stati attivati 9 patti di collaborazione: una proposta di riqualificazione dell'area Skate-Park in Piazza Zara, una proposta di cura dell'Aiuola Ginzburg e di animazione sociale in Via Morgari/Via Belfiore, una proposta di cura dello spazio pubblico, dell'area verde e di animazione sociale presso la Piazzetta Tiepolo, una proposta per la cura e l'animazione del Giardino Gabotto, una proposta di cura delle fioriere di fronte all'ingresso del Museo Nazionale dell'Automobile, una proposta di cura del verde e di apertura al quartiere del Giardino in Via Madama Cristina 138/A, una proposta di cura del giardino in Via Campana 32, una proposta di cura, gestione condivisa e rigenerazione del Parco della Rimembranza, una proposta di cura del Parco di San Vito.

Co-City è stato segnalato dal Consiglio Europeo tra i migliori esempi di progetti europei di impatto sul territorio nell'ambito della campagna di comunicazione per le ultime elezioni europee ed è stato selezionato dalla Commissione europea tra i

dieci progetti urbani più innovativi realizzati in Europa ed è stato presentato al Cities Forum di Porto il 30 e 31 gennaio 2020.

Il 14 febbraio 2020 si è tenuta presso la Casa del Quartiere Cecchi Point ad Aurora la conferenza finale del progetto Co-City.

Inoltre, la sperimentazione del Regolamento ha portato ad una revisione completa del documento stesso, che si è trasformato nel nuovo Regolamento per il governo dei beni comuni urbani, n. 391.

L'Università di Torino, e in particolare il gruppo di ricerca che ha seguito lo sviluppo del progetto Co-City, ha collaborato con la Città nella stesura di una nuova versione del Regolamento. In particolare, il lavoro di revisione ha preso le mosse da una proposta elaborata dall'Università e poi modificata e adattata dall'amministrazione in relazione alle sue esigenze.

Innanzitutto, la prima modifica è avvenuta dal punto di vista lessicale: la locuzione *cittadini attivi* è stata sostituita con la nozione *soggetti civici*, che appare più neutra e incisiva rispetto alla precedente. Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), per soggetti civici si intendono *“tutte le persone, singole, associate o comunque riunite in formazioni sociali, anche informali, che si attivano per l'individuazione di beni comuni e organizzano attività di governo, rigenerazione cura e gestione”*.

All'art. 4, dedicato ai soggetti civici, è stata attribuita maggiore attenzione alle comunità informali e al metodo democratico con cui si auto-organizzano.

Il Regolamento, poi, individua una nuova categoria generale, *negozio civico*, ricognitiva di una pluralità di esperienze di autonomia privata collettiva. Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. i), per negozi civici si intendono *“gli atti negoziali con cui la Città e i soggetti civici costituiscono e regolano le forme di auto-governo o di governo condiviso dei beni comuni messi a disposizione dei soggetti civici a titolo gratuito”*. Nell'ambito di tale categoria, ricondotta all'attività negoziale della pubblica amministrazione, è possibile annoverare, oltre al patto di collaborazione, tre nuove forme di auto-governo dei beni comuni: *l'uso civico e collettivo urbano*, *la gestione collettiva civica* e *la Fondazione beni comuni*.

Le prime due forme si caratterizzano per la presenza di una comunità di riferimento che si riconosce e si organizza a partire dal bene comune e che lo utilizza nel rispetto dei principi di inclusione e accesso del Regolamento e per mezzo di una Carta di auto-governo redatta con metodo democratico. Ai sensi dell'art. 15, l'iniziativa per la definizione dell'uso civico e collettivo urbano è assunta dalla Città che con deliberazione della Giunta Comunale, sentita la Circostrizione competente, mette a disposizione un bene comune con presidio dell'Amministrazione individuandone le finalità del negozio civico e la/il Dirigente competente. Ai sensi dell'art. 16, l'iniziativa per la definizione della gestione collettiva civica è assunta da una comunità di riferimento attraverso la presentazione di una specifica proposta, contenente la Carta di auto-governo, all'Amministrazione Comunale.

L'auto-governo si svolge attraverso la messa a disposizione del bene da parte dell'amministrazione a favore della comunità di riferimento. L'amministrazione vigila affinché le modalità di utilizzo non si pongano in contrasto con l'uso pubblico e con i principi che ispirano il Regolamento.

L'art. 17 disciplina, invece, la Fondazione beni comuni, che corrisponde a un *“ente a cui l'amministrazione o i privati conferiscono uno o più beni riconosciuti comuni perché siano governati nell'interesse pubblico e delle generazioni future”* (art. 2, comma 1, lett. l).

Il concreto funzionamento della Fondazione si articola in due fasi: in un primo momento il bene viene dato in usufrutto dalla Città alla Fondazione per un tempo prestabilito; in un secondo momento, superato questo “periodo di prova”, il bene può essere conferito in via definitiva alla Fondazione.

La costituzione della Fondazione avviene mediante deliberazione del Consiglio Comunale.

L'atto costitutivo e lo statuto della Fondazione sono redatti da un gruppo di lavoro formato da rappresentanti dell'amministrazione, delle comunità di riferimento e da esperti scelti dall'Albo dei Garanti.

All'estinzione della Fondazione è previsto che il bene venga retrocesso alla Città, che si impegna a mantenere la destinazione d'uso pubblico.

La seconda novità del nuovo Regolamento attiene alla *Consulta permanente dei beni comuni urbani*, disciplinata all'art. 6.

La Consulta ha cadenza triennale e viene nominata dalla Giunta Comunale. Essa è formata da undici componenti sorteggiate/i dall'Albo delle e dei Garanti, garantendo un'adeguata presenza di esperti e la parità di genere.

L'Albo delle e dei Garanti, istituito tramite bando con provvedimento della Giunta Comunale, è composto da esperte/i in discipline giuridiche, economiche, urbanistiche, ecologiche e sociali dotate/i di comprovata esperienza e sensibilità verso i beni comuni e dalle/dagli abitanti dotate/i di comprovata sensibilità verso i beni comuni. Tutte/i prestano la loro opera a titolo gratuito.

La Consulta svolge funzioni consultive e/o funzioni arbitrali in caso di controversie che sorgano sulla valutazione delle proposte pervenute nell'ambito dell'attuazione del negozio civico, può contribuire, laddove richiesto, all'elaborazione delle Carte di auto-governo, può promuovere il confronto pubblico tra realtà associative, di volontariato e sociali protagoniste della rigenerazione urbana, diviene il luogo di confronto permanente sia nell'istituzione cittadina sia nella città tutta, al fine di agevolare visioni condivise su metodologie e pratiche di riattivazione della cittadinanza in senso democratico e orizzontali, può esprimere valutazioni preventive sulle proposte di deliberazioni, sia di competenza della Giunta Comunale che del Consiglio Comunale, aventi ad oggetto beni comuni urbani e democrazia partecipativa.

Si riunisce in sedute pubbliche, alle quali gli intervenuti possono prendere parola. Inoltre, chiunque intenda tutelare un bene comune può rivolgersi alla Consulta Permanente dei beni comuni urbani senza alcuna restrizione di legittimazione dovuta a carenza di interesse specifico.

Lo strumento del governo condiviso resta il patto di collaborazione, che, a seguito dell'esperienza Co-City, ha subito alcune modifiche.

Innanzitutto, l'art. 10, comma 2, individua due sole procedure: la consultazione pubblica e l'iniziativa diretta dei soggetti civici.

La collaborazione ordinaria è disciplinata all'art. 13 e risulta essere una categoria definita dalla combinazione tra il tipo di bene e l'attività realizzata. Per questa procedura, il patto è preceduto dall'istruttoria da parte del dirigente competente ed è predisposto unilateralmente dall'amministrazione, in un'ottica di semplificazione e velocizzazione dell'iter di stipulazione.

Inoltre, a differenza di quanto previsto nel Regolamento del 2016, quando vi sono più proposte per lo stesso bene comune urbano, che non risultino essere integrabili o conciliabili, la scelta *“viene effettuata dalla Giunta Comunale, o dal Consiglio circoscrizionale competente, sentita la Consulta permanente dei beni comuni”* (art. 10, comma 3). In precedenza, era demandata agli Uffici la predisposizione della graduatoria tra le proposte per lo stesse bene sulla base dei criteri definiti dall'avviso emanato dal Dirigente competente.

Un'ulteriore modifica riguarda l'eliminazione, tra le forme di sostegno, della possibilità di attribuire l'uso a titolo gratuito dei beni immobili di proprietà comunale. Tuttavia, si ritiene che tale beneficio possa sempre essere concesso dall'amministrazione comunale anche in mancanza di un'espressa previsione nel Regolamento⁴⁵³.

La principale novità riguarda l'introduzione, all'art. 24, della sponsorizzazione, prima vietata e ora annoverata tra le forme di autofinanziamento.

Significative modifiche, da ultimo, sono state introdotte in riferimento alla prevenzione dei rischi: l'art. 27, comma 1, afferma che *“nell'esercizio delle attività previste dai negozi civici [...] la Città non assume il ruolo di datore di lavoro e/o di committente, nei confronti dei soggetti civici”*. Pertanto, i soggetti civici sono sottoposti, secondo il Testo Unico per la sicurezza sul lavoro, a obblighi minimali contemplati per i volontari.

⁴⁵³ R. A. ALBANESE, op. cit., p. 297.

CONCLUSIONI

Al termine dell'elaborato, è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive. La partecipazione dei privati attraverso gli istituti di democrazia partecipativa non trova un esplicito riferimento in Costituzione, tuttavia è ricavabile attraverso un'interpretazione sistematica sia delle disposizioni che si riferiscono alla pubblica amministrazione sia di quelle che più in generale definiscono la posizione dell'individuo all'interno dell'ordinamento.

Assodato che il diritto di partecipazione affonda le sue radici nel principio di sovranità popolare, assumono particolare rilevanza la previsione di cui all'art. 2 Cost., attraverso cui è possibile riconoscere *nuovi diritti*, tra cui il diritto di partecipazione, espressione del dovere di solidarietà politica, economica e sociale, la previsione di cui all'art. 3 Cost., che riconosce la varietà come fattore di arricchimento per lo sviluppo della società e richiama la partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, intesa quale diritto a rendere effettiva la partecipazione soprattutto nei confronti dei titolari di interessi più deboli, la previsione di cui all'art. 4 Cost., secondo cui ogni cittadino concorre al miglioramento della comunità di appartenenza, la previsione di cui all'art. 5, che, nel promuovere le autonomie locali, riconosce un rapporto relazionale e paritario tra i diversi centri di riferimento di interessi pubblici e privati, le previsioni costituzionali che si riferiscono al principio di responsabilità, che regolano i rapporti tra amministrazione e cittadini, nel momento in cui questi co-amministrano, la previsione di cui all'art. 49 Cost., che mira ad instaurare una interlocuzione stabile, basata sulla collaborazione e non sulla delega del potere, tra soggetti pubblici e società civile, le previsioni costituzionali riferite alla pubblica amministrazione, che evidenziano come la partecipazione, l'imparzialità e il buon andamento tendano ad assicurare una buona amministrazione democratica e un agire in modo trasparente, la previsione di cui all'art. 118, ultimo comma, Cost., il quale esprime una svolta radicale nel rapporto tra amministrazione e cittadini,

conferendo a questi ultimi un potere di autonoma iniziativa nella determinazione dell'interesse pubblico e nello svolgimento delle attività preposte alla cura dello stesso. Quest'ultima previsione determina un cambiamento di ruolo sia dal lato dei soggetti privati, che cessano di essere puri destinatari per divenire attori influenti nel processo, sia dal lato degli apparati istituzionali, i quali da gestori assoluti del potere si trasformano in co-amministratori.

La legge 241 del 1990 ha inaugurato un nuovo modello di relazione tra amministrazioni pubbliche e cittadini, che si configura oggi come un vero e proprio rapporto giuridico, e non più come un contratto sociale.

La partecipazione dei cittadini al procedimento amministrativo risulta fondamentale ai fini della qualità del contenuto del provvedimento finale, tuttavia, seppur la normativa in esame ha contribuito a superare il paradigma dell'amministrazione quale *antagonista* rispetto al privato, il cittadino non appare effettivamente *partecipativo*. La normativa, attraverso gli istituti di partecipazione, quali la comunicazione di avvio del procedimento e il preavviso di rigetto, è volta ad appianare le lacune conoscitive tanto in capo al singolo quanto in capo al cittadino, ma afferma un modello scarsamente dialogico. Questo tipo di partecipazione è caratterizzato da una tendenziale propensione difensiva a favore del cittadino, concepito come soggetto debole inciso dall'azione amministrativa. Il cittadino viene messo nella condizione, attraverso le proprie allegazioni documentali, di influenzare l'istruttoria procedimentale, quanto meno all'esame delle considerazioni nelle medesime contenute. Tuttavia, si ritiene che la partecipazione procedimentale non sia un prendere parte a un'attività condivisa, dal momento che l'amministrazione resta, comunque, l'unica titolare del potere decisionale nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Novità rilevanti in tema di coinvolgimento del cittadino all'attività amministrativa emergono principalmente in materia di trasparenza. Attraverso i d.lgs. n. 33/2013 e 97/2016 sono stati introdotti gli istituti dell'accesso civico e dell'accesso civico generalizzato in un'ottica di *right to know* attivabile ogni qual volta le pubbliche amministrazioni non adempiano al loro obbligo di pubblicazione. La partecipazione

non è più solo ricompresa nel procedimento, ma indirizzata alla creazione dell'opinione pubblica, non è più riservata al titolare di un interesse qualificato e differenziato inciso dall'azione amministrativa, bensì a chiunque, indipendentemente dalla posizione soggettiva detenuta.

In tal modo, vengono arginati i rischi di corruzione e di cattiva amministrazione, costruendo un'amministrazione *aperta*, che mira ad un rapporto di fiducia reciproca con la società civile.

Nonostante la portata innovativa della partecipazione procedimentale, i modelli di democrazia partecipativa attualmente esistenti non dispongono di coerenza nei confronti della pubblica amministrazione, la quale resta libera nelle sue valutazioni. Inoltre, la formulazione degli artt. 7 e 9 della legge e la tendenziale restrizione delle garanzie partecipative da parte del legislatore e della giurisprudenza, assicura la rappresentanza procedimentale ai soli interessi individuali e collettivi, differenziati e qualificati. Pertanto, è possibile affermare che, in Italia, la partecipazione amministrativa è intesa più come strumento atto a difendere una posizione soggettiva, che non come necessaria conseguenza del principio di sovranità popolare.

La legge, infatti, trascura la partecipazione del singolo, quando la decisione amministrativa non produce effetti su un suo interesse qualificato e differenziato. Seppur l'art. 9 consenta ai cittadini portatori di un interesse diffuso di intervenire nel procedimento, tuttavia le garanzie partecipative sono riconosciute soltanto ad associazioni e comitati strutturati, costituiti prima che il procedimento sia avviato. Ciò necessariamente penalizza quei cittadini che intendano intervenire nel processo decisionale a difesa di un interesse civico, non differenziato e non qualificato, senza che tale interesse coincida con l'interesse collettivo vantato da un'associazione strutturata.

Seppur vero che un'eccessiva quantità di posizioni giuridiche soggettive può concorrere ad un detrimento del buon andamento dell'azione amministrativa, tuttavia ciò non può comportare un sacrificio della partecipazione, svilendone la sua funzione democratica. Infatti, la partecipazione amministrativa è una necessaria

conseguenza della sovranità popolare, in quanto consente a ogni cittadino non solo di esprimere la propria volontà, ma anche di influenzare le scelte collettive.

Ad ogni modo, la legge generale sul procedimento amministrativo non rappresenta l'unico modulo attraverso cui è stata data attuazione al fenomeno partecipativo.

Il Regolamento per la gestione condivisa dei beni comuni, oggi adottato da più di duecento comuni italiani, favorendo una relazione collaborativa e paritaria tra cittadini e pubblica amministrazione e profilando un terzo modello di amministrazione, accanto a quella di prestazione e autoritativa, c.d. *amministrazione condivisa*, ha dato una cornice normativa al principio di sussidiarietà orizzontale. L'aspetto più innovativo è l'introduzione dei patti di collaborazione, quali strumento attraverso cui cittadini attivi e comune si accordano su tutto ciò che è necessario per la realizzazione di interventi di cura e rigenerazione urbana ed esemplificativi del nuovo modello paritario che caratterizza il rapporto tra cittadini e amministrazione.

Con il Regolamento, il quale ha colmato il vuoto normativo tra il principio di sussidiarietà e la realtà quotidiana delle amministrazioni, da un lato l'amministrazione è stata indotta a ripensarsi per approntare risposte efficaci, dall'altro si manifesta un nuovo tipo di cittadinanza, *attiva o amministrativa*, secondo cui i cittadini, prendendo consapevolezza del proprio ruolo all'interno della comunità di riferimento, si appropriano di spazi di partecipazione alla vita pubblica. Pertanto, i cittadini possono oggi non solo prendere parte al processo decisionale amministrativo e far valere interessi diffusi nei confronti della pubblica amministrazione, ma anche essere parte della soluzione di problemi che riguardano la collettività intera, proponendo azioni ed interventi da attuare di concerto con l'amministrazione.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

ALBANESE R. A., MICHELAZZO E., *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Celid, 2020.

ALBERTI P., *I casi di esclusione dal diritto di accesso*, in (a cura di) M. A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

ALGOSTINO A., *L'Osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione come case study sulla democrazia e sul dissenso*, in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 2.

ALGOSTINO A., *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav*, Napoli, 2011.

ALLEGRETTI G., *Bilanci partecipativi*, 2009, academia.edu.

ALLEGRETTI U., *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Rivista di democrazia e diritto*, 2006, n. 3.

ALLEGRETTI U., *Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia*, www.astrid-online.it, 2010.

ALLEGRETTI U., *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, AIC Associazione italiana dei costituzionalisti, Rivista n. 1/2011.

ALLEGRETTI U., *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, 2006, in *Rivista di democrazia e diritto*, n. 3.

ALLEGRETTI U., alla voce *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 2011, Annali n. 4.

ALLEGRETTI U., *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè Editore, 2009.

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

ALLEGRETTI U., *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, in *Democrazia e diritto*, 2008.

ALLEGRETTI U., *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Procedimento procedura processo*, atti del convegno dal medesimo titolo, Urbino, 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010.

ANDREANI A., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

ARENA G., *La cittadinanza amministrativa. Una nuova prospettiva per la partecipazione*, in *Espaco Juridico*, 2010.

ARENA G., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, Studi parlamentari e di politica costituzionale, Anno trentesimo - N. 117-118, 3°-4° Trimestre 1997

ARENA G., *Un nuovo modo di amministrare*, Convenzione Nazionale della Sussidiarietà, Roma, 12 marzo 2004.

ARENA G., *Il principio di sussidiarietà nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Roma, 2003.

ARENA G., BOMBARDELLI M., *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi*, Jovene, 2006; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 1999, n. 65.

ARENA G., *Un regolamento per la cura condivisa dei beni comuni. La sussidiarietà "tradotta", dalla Costituzione ad un regolamento*, labsus.org, 2014.

ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Commissione per la Costituzione, prima sottocommissione*, www.legislature.camera.it, 1946.

BARONE G., *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, 1969.

BARONE G., *I modelli di partecipazione procedimentale*, n. 5, 2006, giustamm.it.

BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino: tra libertà garantita e libertà attiva*, I Grilli Marsilio, 1994.

BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952.

- BENVENUTI F., *Per un diritto paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975.
- BENVENUTI F., *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, Trento, 1957.
- BERTI G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.
- BERTI G., *Interessi senza struttura (i c.d. interessi diffusi)*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, 1982.
- Bilancio Partecipativo. Come coinvolgere i cittadini nella governance locale*, in <http://qualitapa.gov.it/sitoarcheologico/customer-satisfaction/ascolto-e-partecipazione-dellutenza/bilancio-partecipativo/>, 2015.
- BOBBIO L., *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto* n. 4, 2006.
- BOBBIO L., *A più voci. Amministrazioni pubbliche, imprese, associazioni e cittadini nei processi decisionali inclusivi*, www.regione.toscana.it, 2004.
- BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984.
- BOCCHINI F., *La sussidiarietà tra asimmetrie giudiziali ed asimmetrie sostanziali della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, 2018, www.nomos-leattualitaneldiritto.it.
- BOLOGNINO D., CAMELI R., GIGLIONI F., *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, 2008, www.labsus.org.
- BOMBARDELLI M., *Umberto Allegretti, L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009, *Diritto Pubblico* (ISSN 1721-8985), Fascicolo 3, settembre-dicembre 2009, Il Mulino – Rivisteweb.
- BONAUDI E., *La tutela degli interessi collettivi*, Torino, 1911.
- BONOBO A., *Rigenerazione urbana e nuove modalità partecipative: una riflessione*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, n. 6, 2017.
- BONOMO A., *Il dibattito pubblico nel nuovo codice degli appalti pubblici*, academia.edu, 2018.

- BORSI U., *Osservazioni sul progetto della legge generale sulla pubblica amministrazione*, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, 1948.
- CARANTA R., FERRARIS L., RODRIGUEZ S., *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, 2005.
- CASELLA L., *La perequazione urbanistica: nuovi scenari della pianificazione territoriale italiana*, 2009, segretarientilocali.it.
- CASSETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1953.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, ult. ed.
- CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv.trim.dir.pubb.*, 2001.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Einaudi, Torino, 1989.
- CATANZARITI M., *La democrazia dei segreti*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2018.
- CAUDURO A., *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. Amm.* 2017, n. 3.
- CAVALLARO M. C., *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, 2019, www.ojs.uniurb.it.
- CAVALLO PERIN R., ROMANO A., *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, CEDAM, 2006.
- CAVALLO PERIN R., *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in *Riv. trim. dir. amm.*, n. 4/2018.
- CECERE A. M., *L'amministrazione pubblica nel sistema ordinamentale multilivello in Italia. Il cammino dell'integrazione europea ha radici costituzionali forti*, 25 novembre 2016, in *Amministrazione in Cammino*.
- CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte*, 2005, www.giustamm.it.
- CINTIOLI F., *Note sulla cosiddetta class action amministrativa*, in giustamm.it, 2010.
- CLARICH M., *Giudicato e potere amministrativo*, Cedam, 1989.

CRISAFULLI V., *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* [1954], in V. Crisafulli, “Stato, popolo, governo”, Milano, Giuffrè, 1985.

CRISAFULLI V., *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell’Assemblea costituente*, Firenze, 1969.

COGNETTI S., *Quantità e qualità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Giuffrè Editore, 2000.

CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli Editore, 2012.

DE LUCIA, *I profili strutturali*, in (a cura di) CERULLI IRELLI V., *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006.

DE NICTOLIS R., *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, www.ptpl.altervista.org, 2018.

DE SETA C., *Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento*, in *Ammin. e Contab.*, 1985.

DE VALLES A., *Sul progetto di una legge generale sulla pubblica amministrazione*, in *Riv. amm.*, 1949.

DENTI V., *Relazione introduttiva*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio - Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, 1976.

DONATI D., *La sussidiarietà orizzontale da principio a modello: dinamiche, limiti e ruolo della concorrenza*, 2010, www.regione.emilia-romagna.it.

DONATI D., *La trasparenza nella Costituzione*, in (a cura di) F. MERLONI, *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

DONATI D., *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Il Mulino, 2013.

DURET P., *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Cedam, Padova, 2004.

DURET P., *Partecipazione procedimentale e processo*, in *Procedimento procedura processo*, atti del convegno dal medesimo titolo, Urbino, 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010.

FANTI V., *La trasparenza amministrativa tra principi costituzionali e valori dell'ordinamento europeo: a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 20/2019)*, in federalismi.it, 2020.

FABRI A., *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, Napoli, 2011.

FERRARA R., *Interessi diffusi e collettivi*, in *D. disc. pubbl.*, VIII, 1993.

FERRONI M. V., *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in nomos-leattualitaneldiritto.it, 2018.

FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.

FRANCESCHI A., *L'adunanza plenaria sulla legittimazione generale degli enti esponenziali in relazione alla tutela degli interessi collettivi*, www.salvisjuribus.it, 2020.

FOÀ S., *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2017, n. 1, Milano.

GALETTA D. U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.lgs. n. 33/2013*, 2 marzo 2016, federalismi.it.

GALLO C. E., *La partecipazione al procedimento*, in AA.VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992.

GALLO C. E., *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2010.

GIANNINI M. S., *Lezioni di diritto amministrativo. Anno 1959-60*, Milano, 1961.

GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000.

GIANNINI M. S., *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, presentato al Parlamento il 16 novembre 1979 in qualità di Ministro della Funzione pubblica, in *Riv.dir.trim.*, 1982.

GIANNINI M. S., *La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio - Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, 1976.

GIGLIONI F., *Corte dei conti, Veneto, parere n. 313/2016. Ancora un giudizio critico del “baratto amministrativo”*, labsus.org, 2016.

GIGLIONI F., *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in Riv. trim. di scienza dell’amministrazione, n. 3/2016.

GIGLIONI F., *Il diritto creativo delle città*, www.cittacreative.eu, 2017.

GRECO L., *Sulla legge 241/90 con particolare riferimento al procedimento ed alla motivazione del procedimento*, www.ratiojuris.it, 2017.

GUERCIO S., ROBIGLIO M., TOUSSAINT I., *Periferie partecipate. Cinque casi di riqualificazione urbana a Torino (Italia)*, www.researchgate.net, 2004.

LEFEBVRE H., *Il diritto alla città*, Marsilio, 1970.

LOMBARDI G. M., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967.

LOMBARDI R., *La tutela delle posizioni giuridiche metaindividuali nel processo amministrativo*, Torino, 2008.

MAINARDIS C., *Chiamata in sussidiarietà e strumenti di raccordo nei rapporti Stato-Regioni*, in Rivista Le Regioni, 2011.

MANFREDI G., *Interessi diffusi e collettivi (diritto amministrativo)*, in Enciclopedia del diritto, Annali VII, 2014.

MANNUCCI G., *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016.

MARSOCCI P., *Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare*, in Rassegna Parlamentare, 2016.

MATTEI U., *Beni comuni*, 2013, euronomade.info.

MATTEI U., *Beni comuni. Un manifesto*, Editori Laterza, 2011.

MICHIARA P., *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L’esperienza di Bologna*, in “Aedon”, fasc. 2, 2016.

MILAZZO P., *L’istituto-simbolo della trasparenza amministrativa in Italia: il diritto di accesso alle informazioni detenute dall’amministrazione. Tra evoluzione*

normativa tumultuosa, dubbi interpretativi ed incertezza di tutela, indess.uca.es, 2019.

MOLASCHI V., *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018*, in *Rivista giuridica di Urbanistica*, n. 3/2018.

MORO G., *Cittadinanza attiva e qualità della democrazia*, Carrocci editore - Studi Superiori, 2013.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975.

NESPOR S., *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in federalismi.it, n. 7, 2013.

NIGRO M., *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. proc. civ.*, 1980.

NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.

NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953.

NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in *Foro.it*, 1987, V.

OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

OSTROM E., *Governare i beni collettivi*, trad. it., Marsilio, Venezia, 2006.

PATANÈ A., *Percorsi deliberativi per la partecipazione nei Comuni: spunti dal quadro normativo*, academia.edu, 2014.

PATRONI GRIFFI F., *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in federalismi.it, 30 giugno 2010.

PELLIZZANI S., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Istituzioni del federalismo* n. 3/2011.

PERFETTI L., *Procedimento amministrativo e partecipazione. Report annuale – 2011 – Italia*, 2011, www.ius-publicum.it.

PODDA C., *Sussidiarietà, servizi pubblici e nuovo Welfare*, in C. MAGNANI (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2007.

POGGI A., *Il principio di sussidiarietà e il “ripensamento” dell’amministrazione pubblica. Spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali*, 2005, www.astrid-online.it.

POGGI A., *Il profilo soggettivo e la rilevanza della questione: la possibile trasfigurazione del principio di sussidiarietà*, in atti del Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, www.astridonline.it, 2003.

PORPORATO A. M., *Il “nuovo” accesso civico introdotto dalla riforma Madia e i modelli di riferimento*, in *Rivista quadrimestrale di scienze dell’Amministrazione*, 2014.

QUADRIO CURZIO A., *Sussidiarietà e sviluppo – Paradigmi per l’Europa e per l’Italia*, Vita e Pensiero, Milano, 2002.

RAMAJOLI M., *L’intervento nel procedimento*, in (a cura di) M. A. SANDULLI, *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017.

RAZZANO G., *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014.

RODOTÀ S., *Le azioni civilistiche*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Atti del convegno di studio - Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, 1976.

ROMANO A., *L’azione amministrativa*, Giappichelli, 2016.

ROMANO A., *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi c.d. diffusi*, jstor.org, 1978.

ROMANO M. C., *L’intervento nel procedimento. La legittimazione procedimentale dei portatori di interessi diffusi*, in (a cura di) A. ROMANO, *L’azione amministrativa*, Giappichelli Editore, 2016.

ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930.

SANDULLI A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

SANDULLI A. M., *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2017.

SAVINO M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Gior. dir. amm.* N. 8-9, 2013.

SCOCA G., *La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Atti del convegno di studio - Pavia, 11-12 giugno 1974, Padova, 1976.

SCOGNAMIGLIO A., *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2006.

SÈNÈCAL G., *Conflicts de proximité et coopération, une géographie des acteurs et des interactions sociales*, in 49 Cahier du géographie, 2005.

SIMONATI A., *La ricerca in materia di trasparenza amministrativa: stato dell'arte e prospettive future*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2018.

SIMONATI A., *I principi in materia di accesso*, in (a cura di) M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

SPASIANO R., *Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, 2011, ius-publicum.com.

TIGANO F., *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in (a cura di) M. A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

TIMO M., *Cittadinanza amministrativa e democrazia partecipativa*, in Osservatorio Costituzionale, Fasc. 3/2016.

TURSI G., *La responsabilità civile dello Stato per i danni cagionati dalla condotta del dipendente*, *Danno e Resp.*, 2019, 4, 493 (nota a sentenza), pa.leggiditalia.it.

URSI R., *Le stagioni dell'efficienza. Paradigmi giuridici della buona amministrazione*, 2016, iris.unipa.it.

VALASTRO A., *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Jovene, 2010.

VALASTRO A., *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*. Relazione introduttiva alle giornate di studio su “Le regole della partecipazione. Cultura giuridica e dinamiche istituzionali dei processi partecipativi”, Perugia, 11-12 marzo 2010.

VITELLI S., *Cittadinanza attiva e sussidiarietà circolare*, 2009, www.labsus.org.

ZINGALES U., *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale degli interessi diffusi, sia collettivi che “adespoti”*, in *Trib. amm. reg.*, 1995.

Giurisprudenza

Corte Costituzionale, sentenza 9 dicembre 1968, n. 123.
Corte Costituzionale, sentenza 18 dicembre 1987, n. 561.
Corte Costituzionale, sentenza 07 aprile 1988, n. 404.
Corte Costituzionale, sentenza 17 giugno 1992, n. 278.
Corte costituzionale, sentenza 28 febbraio 1992, n. 75.
Corte Costituzionale, sentenza 31 maggio 1995, n. 210.
Corte Costituzionale, sentenza 10 maggio 1999, n. 167.
Corte Costituzionale, sentenza 29 settembre 2003, n. 300.
Corte Costituzionale, sentenza 14 ottobre 2015, n. 383.
Corte Costituzionale, sentenza 11 maggio 2011, n. 120.
Corte Costituzionale, sentenza 4 maggio 2005, n. 172.
Corte Costituzionale, sentenza 23 marzo 2007, n. 104.

Cass. Civ., 25 luglio 1940, I, c. 1148.
Cass. Civ., SS. UU., 22 agosto 1999, n. 500.
Cass. Civ., sez. II, 4 maggio 2000, n. 10803.
Cass. Civ., sez. lav., 11 maggio 2004, n. 8916.
Cass. Civ., SS. UU., 09/03/2015, n. 4683.
Cass. civ., SS. UU., 6 ottobre 1979, n. 5172.
Cass. civ., SS. UU., 6 ottobre 1975, n. 3164.
Cass. civ., SS. UU., 9 marzo 1979, n. 1463.
Cass. civ., SS. UU., 20 novembre 1992, n. 12386.
Cass. civ., SS. UU., 7 febbraio 1997, n. 1187.
Cass. civ., SS. UU., 8 marzo 2006, n. 4908.
Cass. civ., SS. UU., 8 maggio 1978, n. 2207.
Cass. civ., SS. UU., 14 febbraio 2011, n. 3665.
Cass. Pen., sez. I, 20 settembre 1999, n. 11716.

Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 1980, n. 2.
Cons. Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, n. 516, 24 febbraio 2016.
Cons. Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, 25 agosto 2003, n. 1440.
Cons. di Stato, sez. V, 6 giugno 2009, n. 6094.
Cons. Stato, 25 novembre 2002, n. 3013.
Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826.
Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6.
Cons. Stato, Ad. Gen., n. 7/1989.
Cons. Stato, sez. V, 13/06/2012, n. 3470.
Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048.
Cons. Stato, sez. V, 09/02/2001, n. 580.
Cons. Stato, sez. IV, 12 ottobre 2016, n. 4204.
Cons. Stato, sez. V, 02/11/1998, n. 1560.
Cons. Stato, sez. VI, 08/06/2010, n. 3624.
Cons. Stato, sez. VI, 21/12/2010, n. 9324
Cons. Stato, sez. VI, 11/05/2004, n. 2953.
Cons. Stato, sez. IV, 17/09/2012, n. 4925.
Cons. Stato, sez. VI, 29/05/2002, n. 2984.
Cons. Stato, sez. III, 02/05/2016, n. 1656.
Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2015, n. 1900.
Cons. Stato, sez. IV, 09/05/2014, n. 2379.
Cons. Stato, sez. V, 15/07/2013, n. 3779.
Cons. Stato, sez. VI, 31/07/2009, n. 4838.
Cons. Stato, sez. IV, 02/02/2016, n. 385.
Cons. Stato, Ad. Gen., parere n. 4/2000.
Cons. Stato, parere 01/04/2016, n. 855.
Cons. Stato, comm. spec., n. 359/2018.
Cons. Stato, sez. VI, 11/07/2008, n. 3507.
Cons. Stato, sez. VI, 11/07/2008, n. 3507.
Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 253.

Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1970, n. 523.
Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3234.
Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303.
Cons. Stato, Ad. Plen., 20 febbraio 2020, n. 6.
Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 1970, n. 523.
Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 253
Cass. civ., SS. UU., 8 maggio 1978, n. 2207.
Cons. Stato, Ad. Plen., 19 ottobre 1979, n. 24.
Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5760.
Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36.
Cons. Stato, sez. I, 14 novembre 2013, n. 4728.

Corte dei Conti, sez. Molise, 27 settembre 2005, n. 99.
Corte dei Conti, sez. contr. Emilia-Romagna, 23 marzo 2016, n. 27.

TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407
TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 1° luglio 2008, n. 2842.
TAR Liguria, sez. II, 18 novembre 2003, n. 1479.
TAR Veneto, 26 febbraio 2007, n. 526.
TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 16 marzo 2009, n. 2690.
TAR Puglia, Bari, sez. III, 12 novembre 2009, n. 2713
TAR Campania, Napoli, sez. V, 14 febbraio 2008, n. 820
TAR Marche, 11 novembre 1997, n. 44.
TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 26 aprile 2017, n. 2252.
TAR Campania, Napoli, sez. V, 7 giugno 2016, n. 2859.
TAR Sardegna, sez. I, 10 dicembre 2015, n. 1182.
TAR Sicilia, sez. Catania, sez. int. I, 15/04/2002, n. 624.
TAR Campania, Napoli, sez. III, 12/08/2016, n. 4680.
TAR Piemonte, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 3296
TAR Lombardia, Brescia, 20 agosto 2008, n. 862.

TAR Napoli, Campania, sez. V, 31/07/2007, n. 7159.

TAR Puglia, Lecce, sez. II, 25/05/2006, n. 3080.

TAR Liguria, sez. I, 13 marzo 2003, n. 309.

TAR Liguria, sez. I, 18 marzo 2004, n. 267.

TAR Liguria, sez. II, 31 ottobre 2012, n. 1348.

TAR Lazio, sez. III, 20 gennaio 2011, n. 552.

TAR Lazio, sez. III, 1° ottobre 2012, n. 8231.

TAR Liguria, sez. I, 13 marzo 2003, n. 309.