

La forza espansiva dell'amministrazione consensuale*

Francesco Manganaro

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Moduli negoziali per l'azione amministrativa. – 3. L'amministrazione consensuale. – 4. La prima evoluzione dell'attività consensuale: amministrazione concertata e programmazione negoziata. – 5. La seconda evoluzione: buona fede, affidamento, fiducia. – 6. La terza evoluzione: co-programmazione e co-progettazione con soggetti del Terzo settore. – 7. La quarta evoluzione: l'amministrazione condivisa. – 8. La quinta evoluzione: il partenariato pubblico-privato. – 9. Conclusioni.

1. *Premessa*

A trentacinque anni dall'emanazione della legge sul procedimento amministrativo, la sua forza dirompente sembrerebbe essersi attenuata in forza di interpretazioni troppo spesso riduttive e per l'inerzia delle amministrazioni che vanificherebbero le novità allora introdotte nel nostro ordinamento.

Nonostante questo, i germi positivi di quella legge, soprattutto in ordine ad un rinnovato modello di amministrazione e di rapporti tra pubblico e privato, hanno portato a nuovi ed imprevedibili esiti in ordine alla natura stessa dell'azione delle pubbliche amministrazioni, che si evolve dai moduli consensuali e concertati fino a giungere alla cogestione delle attività tra privati e pubbliche amministrazioni¹.

* Lavoro destinato agli Scritti per Alfredo Contieri.

¹ Tra i primi lavori sistematici sul punto: A. Contieri, *La programmazione negoziata: la consensualità per lo sviluppo*, Napoli, II ed., 2005; Id., *L'attività amministrativa consensuale nell'ordinamento italiano*, in G. Palma (a cura di), *Lezioni*, Napoli, 2007.

2. *Moduli negoziali per l'azione amministrativa*

Il dibattito aperto dopo l'emanazione della legge sul procedimento aveva già opportunamente sottolineato come essa, soprattutto nelle disposizioni sulla partecipazione, avesse dato concreta attuazione al principio costituzionale che attribuisce il potere alla sovranità dei cittadini, che lo esercitano nei modi previsti dalla Costituzione².

Invero, non solo manca in Costituzione l'idea di un potere amministrativo autoritativo come unica modalità di svolgimento dell'azione delle amministrazioni³, ma anzi, la titolarità del potere attribuito alla sovranità popolare consente di affermare che gli interessi generali possono essere soddisfatti in modalità diverse che prescindono dalla natura pubblica o privata dei soggetti che li realizzano⁴.

La Costituzione, infatti, ribalta la concezione di un'amministrazione come unica titolare del potere amministrativo⁵, poiché essa è parte imparziale che esercita una funzione senza avere un interesse proprio, ma essendo posta a servizio della società civile di cui è espressione.

Come è noto, la legittimazione stessa dell'azione amministrativa deriva in Costituzione dal controllo che su di essa esercita il Governo, che gode della fiducia del Parlamento, a sua volta espressione del voto dei cittadini, trovando perciò la propria legittimazione nell'autonomia del corpo sociale/elettorale. Né si rinviene in Costituzione una vera e propria riserva di amministrazione, nel senso di escludere la comunità dei cittadini dalla cura degli interessi pubblici. Anzi, già prima della formulazione del principio di sussidiarietà orizzontale, il sostrato

² Secondo G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 92, la legalità formale è sussunzione autoritaria di un fatto in una norma, mentre la legalità sostanziale è fedeltà ai bisogni sociali, definiti attraverso il confronto, che ha luogo nel procedimento. Così A. Tigano, *Premesse per uno studio sul pluralismo amministrativo e legittimazione a resistere*, in Aa.Vv., *Scritti per Enzo Silvestri*, Milano, 1992, 551-552, sostiene che l'entrata in vigore della Costituzione consente di individuare l'essenza dell'amministrazione repubblicana nella sua «preordinazione alla realizzazione dei fini comunitari ed al riconoscimento della sua legittimazione nella volontà popolare».

³ V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; Id., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2012; Id., *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019.

⁴ Sia consentito rinviare a F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 89 ss. ove si osserva che se la Costituzione attribuisce la titolarità del potere alla sovranità popolare, non si spiega più una differenza ontologica tra interesse pubblico e privato, tant'è vero che, ora, vengono considerati omogenei gli interessi dei soggetti privati e quelli dei soggetti pubblici.

⁵ Si è anzi osservato, a questo proposito che la dottrina delle origini non aveva configurato una forza esecutiva del potere, cosa che avviene solo a partire dal secondo Ottocento, come osserva M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 674 ss., richiamando gli studi di L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001 e F. Levi, voce *Legittimità* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 124 ss.

personalistico, condensato nell'art. 2 Cost., mette in evidenza la preminenza delle formazioni sociali, che la Repubblica riconosce e garantisce.

Il secondo passo di questo lungo percorso si può rinvenire nella nuova disciplina degli enti locali introdotta con la legge n. 142 del 1990 e poi ampiamente confermata con la riforma costituzionale del 2001, in attuazione del principio autonomistico già presente nell'art. 5 Cost.

Quanto al ruolo della partecipazione negli enti locali ci si limita a ricordare che l'art. 6, c. 3, prevedeva già in maniera ampiamente innovativa che nello Statuto devono essere previste, oltre forme di consultazione della popolazione, anche «*proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi*»⁶.

Peraltro, la nuova legge sugli enti locali, prendeva spunto dalla Carta europea delle autonomie locali approvata dal Consiglio d'Europa nel 1985 e ratificata nel nostro ordinamento con l. 30 dicembre 1989, 439⁷. La Carta già configurava in maniera innovativa l'autonomia locale, definendola esplicitamente come il diritto e la capacità effettiva delle "collettività locali" di regolamentare ed amministrare una parte importante degli affari pubblici. Si tratta di una disposizione che *in nuce* configura un'amministrazione pubblica condivisa, visto che la gestione degli "affari pubblici" è attribuita alle collettività territoriali e non agli enti che le rappresentano.

Nella riforma costituzionale del 2001, l'attività delle amministrazioni, nel rinnovato articolo 118 Cost., è contemporaneamente sottoposta ad una differenziazione verticale e ad una orizzontale, così da consentire alla società civile di essere parte integrante della programmazione ed attuazione degli interessi pubblici, indipendentemente dalla natura pubblica o privata della struttura e dello strumento giuridico utilizzato per realizzarli⁸.

La modifica è radicale: il nuovo assetto autonomistico, introdotto dalla sussidiarietà verticale, contribuisce a fondare su nuovi presupposti sia la legalità che la democraticità dell'ordinamento, in quanto il tradizionale modello normativo predeterminato ed uniforme non è più adatto a regolare le singole realtà differenziate di un'amministrazione plurale in cui le formazioni sociali assumono un ruolo determinante, secondo il nuovo modello di sussidiarietà orizzontale⁹.

⁶ Per ulteriori e più ampie considerazioni sull'evoluzione delle autonomie locali, F. Manganaro, *L'autonomia incompiuta*, Napoli, 2016 e più di recente, Id., *La Repubblica delle autonomie. Un mosaico da ricomporre*, Napoli, 2023; E. Carloni, F. Cortese, *Diritto delle autonomie territoriali*, II ed., Milano 2025.

⁷ La Carta europea delle autonomie locali è stata poi integrata con il protocollo addizionale del 2009, ratificato con l. 8 giugno 2023, n. 77.

⁸ Sul punto: R. Cavallo Perin, A. Romano, *Art. 1*, in R. Cavallo Perin, A. Romano, *Commentario breve al Testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006; M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 283 ss.

⁹ Per un approfondimento: F. Manganaro, *Il principio di autonomia*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, cit., 259 ss.

Cosicché anche la legalità dell'azione delle amministrazioni non può essere perseguita attraverso l'uniformità di modelli organizzativi fondati sulla supremazia gerarchica come garanzia di trattamenti giuridici uniformi, ma va ricostruita sul parametro dei livelli essenziali delle prestazioni¹⁰. Non viene meno il principio di legalità, ma lo si declina come soddisfacimento dei bisogni sociali, cosicché sono i gruppi intermedi a collaborare per la determinazione dei fini stessi dell'ordinamento¹¹.

La cura degli interessi generali ed i modi di realizzarli subiscono una significativa modifica. Il trasferimento di funzioni e servizi alle collettività territoriali in nome della sussidiarietà verticale interseca la sussidiarietà orizzontale, in quanto induce gli enti territoriali a coinvolgere singoli e formazioni sociali nel proporre e realizzare nuove forme di risposte locali ai bisogni del territorio e, conseguentemente, ad individuare la forma organizzativa migliore, anche in collaborazione con la società civile del territorio, come meglio si vedrà nella parte relativa all'amministrazione concertata.

L'analisi postuma delle novità intervenute a seguito della modifica costituzionale in tema di sussidiarietà conferma quanto siano variegate e differenziate le modalità di individuazione e di gestione degli interessi generali¹². Si va così – intanto solo per esemplificare – dalla programmazione negoziata in cui i settori produttivi a cui destinare benefici pubblici vengono determinati a livello territoriale con le formazioni sociali interessate¹³, alla programmazione urbanistica concordata con i residenti del territorio¹⁴, alla gestione da parte di gruppi autorganizzati di forme di auto–aiuto agli anziani non autosufficienti o di asili di quartiere

¹⁰ E. Carloni, *Lo Stato differenziato. Contributo ad uno studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004; F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012. Per una peculiare lettura delle pubbliche amministrazioni: G. Capano, E. Gualmini (a cura di), *Le pubbliche amministrazioni in Italia*, Bologna, 2011.

¹¹ A. Tigano, *Premesse per uno studio su: pluralismo amministrativo e legittimazione a resistere*, in *Scritti per Enzo Silvestri*, cit., 551-552, afferma, esplicitamente, che l'azione amministrativa, nello Stato democratico, è legittimata dall'essere conforme alla volontà popolare per la realizzazione dei fini comunitari.

¹² Un'ampia esemplificazione casistica di attività coordinate tra privati e pubbliche amministrazioni si trova già in L. Bobbio (a cura di), *Amministrare con i cittadini. Viaggio tra le pratiche di partecipazione in Italia*, Dipartimento della Funzione pubblica, Soveria Mannelli, 2007.

¹³ Con la l. 23 dicembre 1996, n. 662 vengono introdotti numerosi moduli convenzionali per la programmazione negoziata, che hanno introdotto modalità di azione concertata tra pubbliche amministrazioni e privati: intesa istituzionale di programma, accordo di programma quadro, patto territoriale, contratto di programma e contratto d'area. Sul punto: A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, cit.; G.P. Manzella, *Vicende di un istituto di programmazione negoziata: i patti territoriali*, in *Riv. giur. del Mezz.*, 1997, 789 ss.

¹⁴ Sulla programmazione urbanistica negoziata: P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano 1998; Id., *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Napoli, 2003.

gestiti dagli stessi genitori dei bambini¹⁵. Non si tratta più di un mero intervento sostitutivo di amministrazioni inefficienti o in settori non remunerativi, poiché l'introduzione in Costituzione della sussidiarietà orizzontale intende superare lo schema bipolare Stato-società civile, in quanto la Costituzione, assegnando alla società civile la titolarità delle funzioni¹⁶, consente ad essa, nei diversi modi in cui si struttura, di gestire autonomamente anche servizi¹⁷.

3. *L'amministrazione consensuale*

La legge sul procedimento, prendendo atto dell'assetto costituzionale in materia di cura degli interessi pubblici, riconosce ad ogni persona, in quanto tale, il diritto di intervenire nelle decisioni pubbliche, non essendo affatto un'estranea relativamente alle scelte delle amministrazioni¹⁸.

Questa sostanziale novità appariva innovativa già nella formulazione originaria della legge, che legittimando forme diffuse di partecipazione ed accesso agli atti riconosceva alla persona il ruolo di *dominus* del procedimento. Ma tale orientamento appare ancora più chiaro nelle modifiche alla legge sul procedimento introdotte con la modifica del 2005, ove si prevede che soggetti privati possano essere preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1, c. 1 *ter*), mettendo finanche in crisi la tradizionale dicotomia tra diritto pubblico e privato¹⁹.

Allorché la legge 241/90 ha previsto in via generale la possibilità di concludere il procedimento tramite accordi, si ammette definitivamente la possibilità di conformare l'interesse pubblico in collaborazione con i privati²⁰, lasciando

¹⁵ La regolamentazione delle associazioni di promozione sociale era già prevista nella l. 7 dicembre 2000, n. 383, poi modificata dal d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo Settore.

¹⁶ G. Pastori, *La sussidiarietà orizzontale alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in A. Rinelli, L. Coen, R. Scarmiglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali: esperienze a confronto*, Padova, 1999.

¹⁷ P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004 e più di recente, P. Duret, *Status active civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli, 2023.

¹⁸ Sul punto, ci si limita a rimandare a M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1413 ss.

¹⁹ Nella sentenza n. 234/2010, la Corte costituzionale afferma esplicitamente che nel nostro ordinamento non sussiste un «divieto ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative». Secondo A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 452, non vi sono limiti in diritto positivo all'affidamento ai privati – ove la legge lo preveda – di funzioni anche discrezionali da parte della pubblica amministrazione. Ad avviso di V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008, 68-69, il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 ultimo comma non riguarderebbe le funzioni in senso tecnico, ma, secondo il dato testuale, le attività di interesse generale che non comportano esercizio di poteri autoritativi.

²⁰ G. Falcon, *Le convenzioni pubblicitistiche*, Milano, 1984, 250 ss., già sostiene che in alcuni casi la cura dell'interesse pubblico non si realizzi con un provvedimento, ma necessiti di una collaborazione fra amministrazione e privati, auspicando una soluzione concordata che soddisfi sia l'interesse pubblico che quello privato. A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, 55, secondo cui la migliore decisione amministrativa non deve essere unilaterale, ma la risultante di un processo

alla libertà delle parti di concordare un assetto di interessi, seppure nel generico rispetto di una finalità di pubblico interesse.

La classica immagine di un'amministrazione che opera secondo forme unilaterali ed autoritative viene superata, proprio perché, secondo la Costituzione, la ricerca del consenso dei cittadini assurge a criterio di legittimità sostanziale delle decisioni dell'amministrazione²¹. Perciò, l'amministrazione consensuale non è che un corollario necessario della tesi che vede la legittimazione dell'amministrazione non più nella legge, ma nel soddisfacimento dei bisogni sociali dei cittadini²². Di conseguenza, sarà l'amministrazione, in concorso con gli interventori procedimentali, a definire l'interesse pubblico e, perciò, pur nel rispetto delle disposizioni normative, saranno le osservazioni e le proposte presentate dai privati a conformare le scelte stesse dell'amministrazione²³.

D'altronde, è questa una conseguenza del principio di legalità nelle società pluriclasse ove l'amministrazione compie sempre, nel momento di decidere, un completamento soggettivo della norma, poiché la legge tutela interessi contrastanti, non potendo indicare un unico criterio di ponderazione. La legalità –indirizzo, non consentendo la determinazione in astratto di un interesse primario da realizzare, prevede che esso venga conformato nel procedimento²⁴ con la partecipazione dei soggetti privati, tanto più quando essi rappresentino interessi collettivi o diffusi²⁵.

La discussa natura giuridica degli accordi di cui all'art. 11 della legge sul procedimento²⁶ non incide sull'idea fondamentale che la scelta fatta dall'ammi-

dialettico tra parti pubbliche e private. Sul modo in cui metodi consensuali realizzano rapporti tra amministrazioni ed amministratori: A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988.

²¹ G. Azzariti, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, I, 120.

²² G. Berti, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994, 50.

²³ E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale*, Milano, 1992, 58 afferma che, attraverso le osservazioni, si ha «a concreta rappresentazione di un interesse che si assume coincidente con l'interesse che la parte pubblica dell'accordo è chiamata a realizzare».

²⁴ M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Studi per il centenario della quarta sezione del Consiglio di Stato*, Roma, 1989, 577, commentando l'acquisita rilevanza dell'istruttoria procedimentale e della ponderazione degli interessi compiuta dalla giurisprudenza, nota che «non c'è più posto per un interesse primario (perché la gerarchia degli interessi deve essere l'effetto e non il presupposto della ponderazione)». Secondo F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 301, l'autorità (o autoritatività) è un attributo del potere e non dell'atto, che acquista tale connotazione solo in quanto esercizio del potere.

²⁵ A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 17.

²⁶ Nell'ampia riflessione della dottrina sul punto, si veda, in particolare: F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma nell'azione amministrativa*, in *Pol. del dir.*, 1993, 237 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; M. Immordino, *Legge sul procedimento, accordi e contratto di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 103 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; F. Cangelli, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 315; E. Bruti Liberati, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 1 ss.; F. Tigano, *Gli accordi*

nistrazione sia condivisa con i soggetti privati, che partecipano all'esercizio stesso della funzione amministrativa. Infatti, la conformazione dell'interesse pubblico, in una società aperta e complessa, viene condivisa tra soggetti partecipanti al procedimento – che in qualità di cittadini sono titolari del potere secondo la Costituzione – e le amministrazioni pubbliche, tanto che vengono messi sullo stesso piano gli interessi dei soggetti privati e di quelli pubblici. Data per scontata la capacità tecnica delle amministrazioni come presupposto weberiano del loro potere, spetta alle parti sociali introdurre fatti ed interessi di cui esse sono portatrici, conoscendo, più delle stesse amministrazioni, il fatto su cui decidere ed i bisogni sociali individuali o collettivi.

La generica indicazione dell'art. 11 della legge sul procedimento secondo cui l'accordo deve perseguire l'interesse pubblico è troppo scontata ed imprecisa, poiché manca qualsiasi definizione di esso e dei criteri mediante i quali definirlo²⁷, confermando l'ipotesi di un rapporto dialogico tra le parti che giunge a configurare un assetto di interessi concordato²⁸, superando peraltro uno dei corollari fondamentali del principio di legalità, ossia il principio di tipicità degli atti amministrativi.

Né la presenza di una previa determinazione dell'organo che sarebbe stato competente all'emanazione del provvedimento unilaterale, introdotto successivamente dal comma 4-bis dell'art. 11, modifica tale convinzione: infatti, la previa determinazione attiene alla discrezionalità dell'amministrazione di avviare una trattazione con le parti private, adducendo quale sia l'interesse pubblico perseguito, ma non consiste nell'approvazione postuma del contenuto dell'accordo, poi-

di procedurali, Torino, 2002. G. Sala, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle posizioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 221 ss.; F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma nell'azione amministrativa*, in *Pol. del dir.*, 1993, 237 ss.; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale*, cit.; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004; D. Corletto, *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, Napoli, 2012; M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 674 ss.

²⁷ M. Immordino, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 142, ritiene che il richiamo ai principi del diritto civile debba intendersi in senso residuale, ove non vi sia una disciplina pubblicistica specifica. Per N. Paolantonio, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 805, tale rinvio è solo una «mera formula di stile». Anche per S. Giacchetti, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990, II, 1917, la previsione che l'accordo persegue l'interesse pubblico è del tutto scontata e perciò un'affermazione di pura facciata. *Contra* F. Trimarchi Banfi, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1, 66, secondo cui l'applicabilità dei principi del Codice civile sarebbe limitata solo quando esista una disciplina amministrativa esplicitamente incompatibile. In senso analogo, G.D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996, 319 e, più di recente, anche M.C. Romano, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 409.

²⁸ E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale*, cit., 58, afferma che le osservazioni proposte dai privati rappresentano l'interesse coincidente con quello che la parte pubblica è chiamata a realizzare.

ché altrimenti non vi sarebbero accordi sostitutivi, ove essi dovessero essere sempre approvati con determinazione unilaterale successiva alla loro stipulazione²⁹.

L'amministrazione consensuale degli accordi configura, perciò, l'interesse pubblico come il risultato di un processo di comparazione e di conformazione delle diverse istanze sociali, che trova, proprio «negli strumenti consensuali e partecipativi, più adeguate ed efficaci risposte alle esigenze di un ordinamento pluralista a carattere sociale»³⁰.

La forza espansiva degli accordi ha consentito di attribuire ad essi maggiori spazi operativi, configurando nuove figure giuridiche per la gestione di interessi pubblici.

Non solo è stato ipotizzato l'accordo a collaborazione necessaria o accordo necessitato³¹, ma da esso si è tratto spunto per configurare l'accordo normativo con cui amministrazioni e privati concordano una disciplina giuridica "a monte", determinando le regole per i conseguenti singoli provvedimenti amministrativi di attuazione³², come meglio si vedrà quando si affronterà la questione dei patti di collaborazione.

4. *La prima evoluzione dell'attività consensuale: amministrazione concertata e programmazione negoziata*

Già pochi anni dopo l'emanazione della legge sul procedimento vengono introdotti nuovi modelli di amministrazione concertata, in cui una o più amministrazioni concordano con soggetti privati il modo di realizzare lo sviluppo territoriale attraverso atti di programmazione negoziata.

Si tratta di istituti che, ancora più della figura dei PPP che verranno poi configurati nella legge sui contratti pubblici³³, puntano a condividere un modello di sviluppo territoriale ed economico costruito dal basso, ribaltando l'idea di

²⁹ Sul punto: F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, 183 ss.; più di recente: M. De Donno, *Tra «autorità e consenso»: gli accordi amministrativi a trent'anni dalla legge sul procedimento amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 1569 ss.

³⁰ M. Spasiano, *Interesse pubblico - interesse privato: la crisi della "grande dicotomia"*, in *Legalità e giustizia*, 1995, 558; Id., *Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico*, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, 11 ss.

³¹ P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, propone questa specifica figura giuridica che, a differenza degli accordi sostitutivi considerati alternativi rispetto al provvedimento, sono invece accordi in cui la partecipazione del privato è una condizione necessaria per la cura degli interessi pubblici.

³² A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, cit., 76. Per una più recente applicazione di tale disciplina ai patti territoriali: D. De Donno, *Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati*, in *Federalismi.it*, 14 marzo 2018.

³³ G. Montedoro, G.F. Cartei, M. Ricchi, *PPP e nuovo codice*, Napoli, 2024.

una programmazione dello sviluppo territoriale determinato dall'alto senza tener conto delle esigenze dei territori.

È assai significativo che questo modello di progettazione dal basso sia stato introdotto dalle politiche di coesione territoriale dell'Unione europea, che con la piena consapevolezza della difficoltà di misure di sostegno provenienti "dall'alto", adotta politiche di sostegno ai territori con misure concordate "dal basso"³⁴.

Per questo motivo, l'UE struttura le politiche di coesione su modelli partecipativi, incentivando le forme di partenariato per lo sviluppo locale, così realizzando un modello di *cooperazione sussidiaria* anche quando, ad esempio, si intende ottenere prestazioni aggiuntive dalle imprese come conseguenza del sostegno ricevuto dalle amministrazioni³⁵, senza perciò limitare il modello sussidiario alle sole attività di volontariato, come se fosse utile esclusivamente a colmare le lacune dei servizi non remunerativi od a supportare iniziative socialmente meritorie, ma prive di autosufficienza economica³⁶.

La legge 23 dicembre 1996, n. 662, sulle tracce della disciplina europea, introduce diversi moduli convenzionali di programmazione negoziata, come patti territoriali, contratti d'area, intese istituzionali di programma, accordo di programma quadro e contratto di programma³⁷.

Si tratta della più significativa novità nella legislazione sulla coesione territoriale, con varie misure, tutte accomunate dalla convinzione che lo sviluppo dei territori depressi debba essere realizzato "con" le collettività territoriali, secondo le loro specifiche esigenze. La peculiarità di questi nuovi atti di concertazione consiste nel fatto che essi configurano uno sviluppo endogeno, in cui più amministrazioni pubbliche, d'intesa con soggetti privati portatori di interessi sociali ed economici, concordano modalità di sviluppo del territorio e mezzi per realizzarlo. Anzi, nei patti territoriali non è lo Stato ad individuare il settore produttivo oggetto di contribuzioni pubbliche, ma sono i soggetti economici e sociali dei territori ad indicare "dal basso" le aree produttive per le quali proporre progetti finanziabili, più adeguati alle esigenze delle singole realtà locali.

³⁴ Tra i tanti documenti sul punto, si segnala, a titolo di esempio, la Comunicazione COM/2006/385, con cui la Commissione rileva che «la partecipazione dei cittadini costituisce un imperativo democratico; l'impegno dei residenti locali e della società civile nella politica urbana è suscettibile di conferire legittimità ed efficacia alle azioni dei poteri pubblici».

³⁵ G.F. Cartei, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in G.F. Cartei (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 245.

³⁶ In questo senso F. Manganaro, *Le amministrazioni in forma privatistica*, cit., 60, che richiama le riflessioni svolte, sul punto, da F. Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, 2012.

³⁷ Per una trattazione generale della programmazione negoziata, R. Gallia, *Dalla contrattazione programmata alla programmazione negoziata: l'evoluzione normativa degli aiuti di Stato. Dall'intervento ordinario nel Mezzogiorno all'intervento ordinario nelle aree depresse*, in *Riv. giur. del Mezz.*, 1996, 352 ss.; Id., *La nuova disciplina della "programmazione negoziata"*, in *Riv. giur. del Mezz.*, 1997, 9 ss.; G.M. Esposito, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999.

È evidente, che al di là dei possibili diversi tipi di collaborazione tra soggetti decisori, gli atti prodotti hanno un diverso e non tipizzato contenuto: non hanno la natura di atti unilaterali di una o più amministrazioni; non perseguono un fine pubblico specifico predefinito; sono sottoposti a controlli, i cui parametri sono specificamente indicati per ogni singola misura di intervento; infine, in alcuni casi, possono perseguire un risultato anche derogando a norme imperative³⁸.

Sulla scia dell'amministrazione consensuale configurata dalla legge sul procedimento si sviluppa, perciò, un modello di amministrazione che, in mancanza di un interesse pubblico predeterminato, consente che non solo un singolo atto, ma la più ampia programmazione dello sviluppo territoriale, avvenga in sede procedimentale in accordo con i rappresentanti della società civile e delle organizzazioni sociali ed economiche del territorio.

Un modello innovativo, che peraltro conferma l'opinione di eminenti sociologi, secondo cui attraverso i processi di amministrazione concertata si producono effetti di coesione sociale che l'integrazione dall'alto non consente di realizzare³⁹.

5. *La seconda evoluzione: buona fede, affidamento, fiducia*

Introdotta nell'ordinamento il principio dell'amministrazione consensuale, si assiste poi all'esplicita enunciazione normativa di principi tradizionalmente connessi ai rapporti paritari, in particolare quello relativo al principio di buona fede⁴⁰.

Invero, come è noto, la questione è ben più antica e non nasce certo con la legge sul procedimento. Il dibattito si sviluppa sotto il peso dell'autorevole opinione dissenziente di Guicciardi, che critica quella dottrina tedesca che vuole dare rilievo alla buona fede delle parti come principio del diritto pubblico⁴¹. Anche l'opinione negativa di Giannini, che considerava la valutazione della buo-

³⁸ Come previsto dall'art. 2, comma 203, lett. c) e d), della l. 23 dicembre 1996, n. 662, secondo cui le amministrazioni sottoscrittrici, nello stipulare gli atti di concertazione, al fine di velocizzare e semplificare le azioni di loro competenza, possono individuare sia gli «atti da adottare in deroga alle norme ordinarie di amministrazione e contabilità». Si tratta di una norma antesignana di tante altre successive che, in nome del perseguimento del risultato, prevedono deroghe a norme generali.

³⁹ Secondo F. Dubet, *Integrazione, coesione e disuguaglianze sociali*, in *Stato e mercato*, 1, 2010, 55, che «l'integrazione s'impone dall'alto, la coesione proviene dal basso, come effetto di pratiche "virtuose" proprio perché in grado di produrre coesione». Nello stesso senso, l'analisi di G.L. Bulsei, *La società diffusa. Organizzazione e politiche locali*, Roma, 2012.

⁴⁰ Per l'ampio dibattito sviluppatosi sul punto, si veda, di recente: G. Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023, a cui si rinvia anche per l'ampia ed aggiornata bibliografia.

⁴¹ E. Guicciardi, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin, 1935, in *Arch. giur. di dir. pubbl.*, 1936, 556 ss.

na fede ricompresa già nel potere discrezionale dell'amministrazione, ha condizionato in senso negativo la dottrina sul punto⁴².

La rilevanza nel diritto amministrativo comincia, invece, ad affermarsi negli studi di Allegretti, secondo cui il principio solidaristico introdotto con la Costituzione consente di configurare in modo paritario i rapporti tra cittadini ed amministrazioni pubbliche⁴³. L'amministrazione, considerata come parte imparziale, non avendo un interesse proprio nell'esercizio della funzione, è tenuta ad esercitare il potere discrezionale tenendo conto della qualificazione del fatto offerta dai soggetti privati. E così, ben prima della legge sul procedimento amministrativo, si sostiene che, seppure spetti all'amministrazione il potere di decidere, è altresì necessario che alla conformazione delle situazioni giuridiche debbano intervenire i soggetti privati, interessati alla definizione di quel rapporto. La funzione amministrativa viene, dunque, configurata come un rapporto di collaborazione tra amministrazione e cittadini, il cui principio regolatore, come in tutti i rapporti di collaborazione, è proprio quello di buona fede.

Sotto una diversa prospettiva, la rilevanza della buona fede trova conferma in quella dottrina che, ispirandosi alla demarchia benvenutiana⁴⁴, ritiene che i rapporti tra amministrazioni e cittadini siano sempre paritari⁴⁵.

Ma, la più ampia e specifica ricostruzione della rilevanza della buona fede nel diritto pubblico si rinviene, come è noto, nell'opera di Merusi sull'affidamento del cittadino⁴⁶. Dalla comparazione tra l'ordinamento italiano e quello tedesco si deduce l'esistenza, a carico del legislatore, di un obbligo di ponderazione tra interessi diversi, la cui inosservanza comporterebbe la violazione del legittimo affidamento suscitato nei consociati; la tutela dell'affidamento si prospetterebbe non come un generico obbligo di comportarsi *iure*, quanto piuttosto come la coerenza con un precedente comportamento. Tuttavia, tale coerenza non si manifesterebbe come necessità di applicazione automatica del principio del non *venire contra factum proprium*, quanto piuttosto come obbligo di valutare e ponderare l'interesse pubblico con l'interesse correlato all'affidamento.

Su queste linee di pensiero si è poi sviluppato un ampio ed articolato dibattito⁴⁷, che ha portato – come sommariamente si può rilevare in questa sede –

⁴² M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 143 (in part. nota 21) e p. 372, ove si esclude la funzione interpretativa della buona fede, ma si ammette limitatamente una funzione integrativa.

⁴³ U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

⁴⁴ F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 849.

⁴⁵ G. Pastori, *Introduzione generale*, in Aa.Vv., *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 14.

⁴⁶ F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001.

⁴⁷ Si vedano, in particolare: Racca G.M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; L. Giani, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Pro-*

all'affermazione ormai consolidata della rilevanza della buona fede oggettiva, intesa come correttezza del comportamento nei rapporti di diritto pubblico, tanto che si è di recente affermato che la sua vigenza nell'ordinamento amministrativo, è «ormai un dato acquisito»⁴⁸.

Lo sviluppo dell'amministrazione consensuale si consolida nella legislazione successiva alla legge sul procedimento amministrativo.

L'art. 12, comma 1, lettera 0a del d.l. 76/2020 convertito in legge n. 120 del 2020 introduce nella legge sul procedimento il comma 2-*bis* dell'art. 1, secondo cui «i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»⁴⁹.

Invero, l'esplicita enunciazione del principio non può essere considerata solo la normativizzazione di una prassi consolidata, ma impone di valutare se possa desumersi un contenuto sostanzialmente diverso da quello finora ritenuto sussistente⁵⁰. Per meglio dire, non appare più sufficiente ritenere che la buona fede venga considerata come presupposto dell'affidamento nella legittimità di un atto proveniente da una pubblica amministrazione, al fine di valutare i limiti posti all'autotutela.

Nella normativizzazione del principio di buona fede, per altro esplicitamente connesso con il principio di correttezza, si disegna una fattispecie che prescinde dal giudizio sulla legittimità dell'atto, ma che ha il suo *focus* sul comportamento delle parti del rapporto, con ciò confermando quanto già proposto prima della novella, in via interpretativa, da una parte della dottrina⁵¹.

Infatti, prima della modifica normativa si era già sviluppato un ampio dibattito non tanto sulla configurazione di un dovere delle parti del rapporto amministrativo di comportarsi in maniera corretta, quanto sulla possibilità di scindere la legittimità dell'atto dal comportamento in buona fede.

La vicenda ha assunto, per questo motivo, una prospettiva legata al riparto di giurisdizione che ha, da una parte, contribuito ad un approfondimento del

fili di tutela del privato, Napoli, 2005.

⁴⁸ In questo senso, si esprime di recente M. Trimarchi, *La buona fede tra attività amministrativa e rimedi* in G. Avanzini, P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli, (a cura di), *Tra procedimento e processo*, Napoli, 218.

⁴⁹ Art. 12, comma 1, lett. 0a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120.

⁵⁰ Secondo S. Perongini, *La disciplina legislativa della valutazione comparativa discrezionale e il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 4, 2024, 955 ss. «il difetto dell'impostazione, che ha privilegiato l'approccio meramente processuale al tema di indagine, risiede nell'aver ommesso di considerare, adeguatamente, la portata normativa del principio di affidamento sul piano sostanziale. In particolare, si è ommesso di esaminare gli effetti che il principio di affidamento esplica sul rapporto fra amministrazione e cittadino e gli effetti che esso produce sull'esercizio del potere», ma poi, «una vera e propria svolta si è avuto quando il legislatore lo ha sancito come principio giuridico», sia nell'art. 1, comma 2-*bis*, della l. n. 241/1990 che nell'art. 5, primo comma, del d.lgs. n. 36/2023.

⁵¹ A. Romano Tassone, *Situazione giuridiche soggettive (diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir.*, agg. II, 1998, 966 ss.

concetto di buona fede applicato al diritto amministrativo, ma dall'altra complicato il problema per una lettura troppo condizionata da un'evidente volontà delle Corti di difendere i propri confini giurisdizionali.

Il Giudice ordinario ha configurato un affidamento incolpevole, quando il destinatario del provvedimento tiene un comportamento corretto e leale, ai sensi degli articoli 1337 e 1338 del Codice civile⁵², al fine di contemperare la tutela della buona fede con il principio della responsabilità⁵³.

Tuttavia, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, al fine di determinare il riparto di giurisdizione, esclude che il giudizio sulla correttezza del comportamento sia comunque connesso con un rapporto tra le parti in un contesto procedimentale in cui si esercita un potere, collegandolo invece alla più generale figura della responsabilità da contatto sociale. Di contro, si è osservato che il comportamento in oggetto è sempre inserito in un rapporto amministrativo intercorso tra un privato e la pubblica amministrazione⁵⁴ ed inoltre, il comportamento incolpevole introdurrebbe un elemento soggettivo, estraneo alla tradizionale valutazione della buona fede oggettiva nell'ambito dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione⁵⁵.

In questo senso si esprime la giurisdizione amministrativa che, nella nota sentenza dell'Adunanza plenaria n. 20/2021, considera l'affidamento sia legitti-

⁵² Si tratta delle note ordinanze della Cass. civ., sez. un., nn. 6594, 6595, 6596 del 2011. In senso critico, M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.federalismi.it, 2011. Più di recente, conferma questa opinione, tra le altre, Cass. Civ., Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567, commentata da C. Fragomeni, *Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole* (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567), in giustiziainsieme.it, 19 settembre 2023.

⁵³ Sul punto: F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 827.

⁵⁴ Sia consentito rinviare a F. Manganaro, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in L. Giani, A. Police (a cura di), *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e di Antonio Romano Tassone, per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Napoli, 2017, 122, secondo cui «il dovere di correttezza si presenta intrecciato con l'interesse legittimo ad ottenere il bene della vita, ma può essere tutelato indipendentemente da esso, dando luogo ad un autonomo obbligo di risarcimento o, insieme ad esso, quando la violazione dell'obbligo di correttezza si trasfonde in un vizio dell'atto». Anche secondo G. Tropea, A. Giannelli, *Comportamento procedimentale, lesione dell'affidamento e giurisdizione del g.o.*, in www.giustiziainsieme.it, 2020, non si può prescindere dal fatto che il comportamento in buona fede matura nel contesto dell'esercizio del potere nel procedimento. Sul punto, anche: M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *P.A. persona e amministrazione*, vol. 11, 2022, 131 ss.

⁵⁵ In questo senso la giurisdizione amministrativa. Più di recente, dopo l'emanazione del nuovo Codice appalti: Cons. Stato, sez. IV, 20 giugno 2024, n. 5514 che considera risarcibile il danno procurato da una variante urbanistica che impedisce la realizzazione di un impianto di trattamento dei rifiuti, secondo quanto previsto in un accordo stipulato con un privato

mo che incolpevole come un comportamento sempre connesso con un provvedimento o comunque con un'attività in cui l'amministrazione esercita un potere⁵⁶.

La modificazione normativa, introdotta nella legge sul procedimento, non contraddice quella dottrina e quella giurisprudenza che configurano la buona fede come criterio di valutazione del comportamento, ma la *sedes materiae* in cui la novella è posta conferma che valutazioni di tipo privatistico debbono cedere il passo, essendo quel comportamento attuato in un contesto procedimentale.

In sostanza, la normativizzazione nella legge sul procedimento della tutela della buona fede eccede la tradizionale tutela dell'affidamento ed esonda nella valutazione della correttezza del comportamento delle parti pur in un contesto in cui si eserciti un potere⁵⁷.

Peraltro, a differenza dell'affidamento che tutela la buona fede del privato che si è fidato di un atto o di un comportamento dell'amministrazione, la tutela della buona fede introduce ora un reciproco obbligo di correttezza tra entrambe le parti del rapporto, come peraltro confermato dal principio della fiducia introdotto dal codice dei contratti pubblici.

Questa interpretazione trova ulteriore conferma proprio nel nuovo Codice degli appalti, ove al principio di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5) si aggiunge il principio della fiducia tra amministrazione ed operatori economici, peraltro inserito tra i "super principi" (art. 2), ai sensi dell'art. 4 del Codice⁵⁸.

Quanto al principio della buona fede, il Codice ribadisce che nella procedura di gara, l'operatore economico deve fidarsi dell'agire legale dell'amministrazione e del comportamento di essa in buona fede.

La lettura del testo normativo chiarisce, innanzitutto, che la buona fede non è una regola della sola fase pre o post contrattuale, secondo la tradizionale suddivisione dei contratti ad evidenza pubblica tra fase privatistica e pubblicistica. Ne è conferma il fatto che il legislatore specifichi che affidamento e buona fede sono principi che regolano ogni fase del procedimento «anche prima dell'aggiudicazione».

⁵⁶ Ad avviso di F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, 11 ss., l'aspettativa oggetto di tutela si armonizza con una delle manifestazioni dell'interesse legittimo; di conseguenza, la situazione giuridica pregiudicata sarebbe qualificabile come interesse legittimo. In questo senso, C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 564 ss.; C. Napolitano, *Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2021.

⁵⁷ Di recente: M. Clarich, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.* 2024, 651 ss.

⁵⁸ G.F. Cartei, D. Iaria, *Codice dei contratti pubblici*, cit.; V. Fanti (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli; R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contratti pubblici e innovazione nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024; M. Macchia, *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2024; G. Tropea (a cura di), *Lineamenti di diritto dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024; M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, III ed., Torino, 2025; S. Cimini, A. Giordano (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici. Aggiornato al correttivo (d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209)*, Napoli, 2025.

Si conferma, invece, la dicotomia tra legittimità dell'azione amministrativa e correttezza del comportamento, come due situazioni diverse. Il secondo comma, infatti, connette l'affidamento al «legittimo esercizio del potere», mentre la buona fede alla «conformità del comportamento amministrativo».

Si segue, in sostanza, la soluzione giurisprudenziale adottata nella nota sentenza dell'Ad. Plen. n. 5/2018. Anche nel Codice degli appalti, il giudice-legislatore distingue tra le regole di legittimità e quelle di correttezza⁵⁹: le prime attengono alla validità degli atti e riguardano interessi legittimi, mentre le seconde riguardano comportamenti e sono, perciò, fonte di diritti soggettivi, con totale autonomia delle due situazioni giuridiche tra loro.

Tale disposizione, invero, presta il fianco, come visto in precedenza, a letture divergenti rispetto allo scopo stesso del legislatore: distinguendo tra validità dell'atto e correttezza del comportamento si può pervenire a differenziare la giurisdizione nelle due ipotesi indicate. Invero, si potrebbe obiettare, come già esposto in precedenza, che il comportamento di cui si tratta è sempre connesso ad un procedimento amministrativo, cosicché la giurisdizione rimarrebbe sempre in capo al giudice amministrativo. Comunque, in ogni caso, l'affidamento viene configurato come un limite del potere o di situazioni che comunque ne abbiano un collegamento con il suo esercizio, tanto da configurarne una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁶⁰.

Al di là della perimetrazione dei confini tra giurisdizioni, la distinzione tra validità dell'atto e comportamento corretto ha il pregio di poter consentire di far valere una responsabilità dell'amministrazione nonostante la legittimità degli atti di gara, capovolgendo l'antica questione della pregiudiziale amministrativa ed anzi configurando una responsabilità per 'danno da affidamento' sia a fronte di provvedimenti che di comportamenti⁶¹.

Tale previsione si pone, perciò, in linea con quanto stabilito, in termini generali, dall'articolo 2-*bis* della legge sul procedimento⁶², secondo cui «rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»⁶³.

⁵⁹ In tal senso, poi, Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21.

⁶⁰ Come chiarisce la Relazione sullo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici formulata dal Consiglio di Stato e pubblicata il 7 dicembre 2022, p. 17.

⁶¹ G. Delle Cave, *Brevi considerazioni sulla differenza tra responsabilità precontrattuale della P.A. e responsabilità da provvedimento illegittimo* (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989), in *giustizia-insieme.it*, 15 novembre 2023.

⁶² Come modificato ad opera dell'articolo 12, comma 1, lettera 0a) del decreto-legge 16 luglio 2020 n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020 n. 120.

⁶³ Per un commento alla modifica intervenuta, si leggano: M.C. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, cit., 131 ss.; S. Torricelli, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *Persona e amministrazione*, 2022, 29 ss., che evidenzia come «il principio di buona fede può portare ad avvalorare certe letture collaborative del procedimento amministrativo, che assegnano alle parti un ruo-

Più complessa e controversa appare l'esegesi del principio della fiducia.

Come è noto, esso viene esplicitamente introdotto nel nostro ordinamento dal Codice dei contratti pubblici del 2023, come uno dei tre principi fondamentali e sovraordinati rispetto a tutti gli altri⁶⁴.

La distinzione tra principio della fiducia (art. 2) e principio della buona fede e dell'affidamento (art. 5), tutti previsti nel Codice dei contratti pubblici, fa comprendere che, a differenza di quanto si potrebbe pure pensare, il principio della fiducia non ha come scopo principale la valutazione della correttezza del comportamento delle parti del rapporto, che rimane oggetto del più generale principio della buona fede⁶⁵.

Infatti, se la situazione giuridica tutelata è «la reciproca fiducia nell'azione trasparente, legittima e corretta dell'amministrazione», ci troviamo innanzi ad una mera sovrapposizione rispetto all'obbligo di agire correttamente, già previsto nell'art. 1, c. 2-*bis* della legge sul procedimento, che per il suo contenuto generale appare ovviamente applicabile anche all'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica⁶⁶. Né l'aggiunta sulla reciprocità di un comportamento corretto aggiunge un nuovo onere in capo al privato contraente, poiché il dovere di comportamento corretto, secondo una costante lettura della dottrina e della giurisprudenza, discende pianamente anch'esso dalla citata norma della legge sul procedimento⁶⁷.

Peraltro, a fronte di un'apprezzabile dichiarazione circa la reciprocità della fiducia nel comma 1, l'articolo nulla dice poi circa i comportamenti corretti

lo tendenzialmente omogeneo, espletando il quale esse debbono adoperarsi per il raggiungimento di un risultato comune...l'interesse pubblico». In tal modo, «la buona fede fa acquisire al procedimento la capacità di definire l'assetto del rapporto tra le parti, massimizzando anche l'effettività della tutela giurisdizionale». Dello stesso Autore, con riferimento più specifico alla portata del principio di buona fede nell'ambito delle procedure di aggiudicazione e, in specie, rispetto all'esclusione di operatori economici che hanno commesso gravi illeciti professionali, si legga S. Torricelli, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 2020, 477 ss.

⁶⁴ Nella sterminata letteratura sul punto, si veda in particolare, C.E. Gallo, *Per una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2023, 4, 767 ss.; S. Bocchini, *La responsabilità "concorrente" dell'operatore e l'azione di rivalsa della stazione appaltante al cospetto del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2025, 1, 67 ss.

⁶⁵ In questo senso, di recente, riguardo all'interpretazione di un bando di gara: Cons. St., sez. V, 18 aprile 2025, n. 3411.

⁶⁶ In questo senso: D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in G.F. Carrei, D. Iaria (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti*, Napoli, 2023, 20; R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 47 ss.

⁶⁷ Osservano sotto diversi profili, R. Ursi, *La "trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, cit. e F. Follieri, *Fiducia e paternalismo amministrativo*, in *Persona e amministrazione*, 2024, 1, 53 ss., che l'introduzione di tale principio sbilancia i rapporti tra cittadini ed amministrazione, poiché intesta in capo agli operatori economici o ai cittadini obblighi a cui essi non possono adempiere, non essendo a conoscenza degli atti dell'amministrazione.

dell'operatore economico, ma dedica tutti il resto dell'articolo alla disciplina della responsabilità dei dipendenti pubblici, che gestiscono la fase contrattuale⁶⁸.

Si evidenzia così il vero scopo della norma: il principio della fiducia, espressamente indicato dal legislatore come un mezzo volto a garantire il raggiungimento del risultato, intende limitare le preoccupazioni dei dipendenti delle amministrazioni, dovute alle necessarie scelte discrezionali, comunque foriere di timori per eventuali responsabilità⁶⁹. Si dovrebbe, infatti, presumere che i dipendenti dell'amministrazione agiscano in buona fede, anche ove valutino profili discrezionali, realizzando una corretta attività amministrativa⁷⁰.

Anche questa eventuale finalità non può comunque essere garantita dal legislatore che, nello stesso articolo, prevede infatti forme assicurative per i dipendenti a garanzia di eventuali azioni di risarcimento, presupponendo così una possibile violazione del principio della fiducia⁷¹.

La norma, ampiamente oggetto di discussione, appare più rivolta *ad intra* che *ad extra*, nel senso che appare un tentativo di rimediare alla paura della firma, riducendo lo spazio della responsabilità e consentendo una maggiore tranquillità nel perseguimento del risultato⁷². L'art. 2 del Codice, per esplicita previsione del legislatore, introduce e rafforza l'asse fiducia-risultato, in quanto la prima consentirebbe, limitando i vincoli alla discrezionalità, di perseguire il secondo.

La sostanziale limitata rilevanza del principio della fiducia diventa palese nella successiva applicazione della giurisprudenza che, pur citando spesso tale principio, ne riduce sostanzialmente l'importanza quando afferma che si tratta di

⁶⁸ C.E. Gallo, *Per una lettura attuativa dei principi del Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, cit., osserva che, affermata la reciprocità della fiducia, l'art. 2 «sembra però dimentico del fatto che i rapporti di fiducia vale nei confronti sia dell'amministrazione che degli operatori economici e si diffonde invece a dettare regole per ciò che concerne la responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici».

⁶⁹ In questo senso, la giurisprudenza: Cons. St., sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571; Cons. St., sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924, secondo cui «il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinati inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo».

⁷⁰ Si tratterebbe così di riesumare il principio della presunzione di legittimità degli atti amministrativi: in questo senso, TAR Catania, sez. III, 12 dicembre 2023, n. 3738.

⁷¹ Già prima dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici, si è rilevato che le questioni attinenti alla responsabilità dell'amministrazione e dei suoi dipendenti non si possono comprendere se non mettendo in discussione la tradizionale configurazione del rapporto organico, che confonde l'oggettiva legittimità dell'azione amministrativa con lo stato d'animo soggettivo dell'autore dell'atto: in questo senso, N. Paolantonio, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 2, 126-127.

⁷² Il comma 2 dell'articolo 21 del decreto-legge n. 76 del 2020, prendendo spunto dall'emergenza pandemica, aveva stabilito che si potesse configurare la responsabilità erariale solo per dolo. La transitorietà della norma è stato il motivo per cui la Corte costituzionale, con la sentenza 16 luglio 2024, n. 192 ha ritenuto legittima la norma e le sue numerose proroghe. Di recente, invece, la legge 2 luglio 2025, n. 100, convertendo in legge il d.l. 12 maggio 2025, n. 68, ha disatteso le sollecitazioni della Corte, poiché la norma continua a prorogare fino al 31 dicembre 2025 la disposizione prevista nel d.l. 76/2020. Questa norma interviene ora anche nell'ottica di una più vasta modifica della giurisdizione della Corte dei conti, secondo un disegno di legge già approvato dalla Camera ed attualmente all'esame del Senato.

un principio generale già desumibile dall'art. 97 della Costituzione e dalla legge sul procedimento⁷³.

6. *La terza evoluzione: co-programmazione e co-progettazione con soggetti del Terzo settore*

L'idea di un'amministrazione consensuale introdotta con la legge sul procedimento trova un fertile connubio con la modifica costituzionale del 2001 che introduce il principio della sussidiarietà verticale ed orizzontale.

L'attribuzione in via prioritaria ai Comuni delle funzioni amministrative conferma il ruolo principale che la collettività locale può svolgere, d'intesa con gli enti locali del territorio, nella gestione degli interessi di prossimità⁷⁴. Questo effetto della sussidiarietà verticale viene, a sua volta, rafforzato dall'introduzione della sussidiarietà orizzontale, che riconosce esplicitamente l'autonomia iniziativa dei cittadini per il compimento di attività di interesse generale.

Sussidiarietà verticale ed orizzontale si intrecciano ed entrambe favoriscono un'amministrazione sempre più consensuale. Si ritiene, in genere, che la sussidiarietà verticale sia solo una regola relativa alla distribuzione delle funzioni tra diversi enti, secondo i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione. Questa lettura, seppure corretta, trascura però l'ulteriore effetto che la sussidiarietà verticale determina: l'attribuzione prioritaria delle funzioni ai Comuni avvicina il potere alle comunità territoriali, consentendo ad esse di proporre ed attuare attività di interesse generale con le amministrazioni. Si passa così dai primi istituti partecipativi introdotti dagli Statuti degli enti locali, a seguito della legge di riforma n. 142 del 1990⁷⁵, alle forme di co-programmazione o co-gestione di servizi di prossimità gestiti con enti del terzo settore, fino ai patti di collaborazione, su cui si dirà più oltre.

In conclusione, l'amministrazione consensuale si consolida, manifestandosi in diverse modalità sia attraverso l'avvicinamento del potere alle comunità territoriali, come avvenuto con la sussidiarietà verticale introdotta dalla riforma costituzionale, sia per l'attribuzione a soggetti privati della gestione di attività di interesse generale, sancita dalla sussidiarietà orizzontale.

⁷³ In questo senso, tra le tante: Cons. St., sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789; Cons. St., sez. IV, 13 settembre 2024 n. 7567; Cons. St., sez. VII, 30 aprile 2024, n. 3946.

⁷⁴ Sul punto, di recente, G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 441 ss., secondo cui «è evidente che l'attività di facilitazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini attivi, vista come effettiva funzione istituzionale-organizzativa, non possa che essere necessariamente attribuita ai Comuni, essendo questi ultimi gli enti territoriali naturalmente più vicini ai bisogni dei cittadini».

⁷⁵ F. Manganaro, A. Piraino, *La partecipazione popolare negli Statuti dei Comuni capoluoghi di Regione*, in *Il Politico*, 1993, 415 ss.

Si tratta di due fenomeni solo apparentemente indipendenti, ma che, invece, contribuiscono insieme a modificare la natura stessa dell'attività amministrativa, confermando che essa non è più attribuita dall'ordinamento in via esclusiva agli enti pubblici⁷⁶. E così l'amministrazione consensuale, introdotta dalla legge sul procedimento, pur ove poco utilizzata nella forma specifica degli accordi, si introduce come un fiume carsico nell'ordinamento e produce effetti ben più ampi di quelli apparenti a prima vista.

La terza fase dell'evoluzione dell'amministrazione consensuale introdotta dalla legge sul procedimento e rafforzata dalla introduzione dei principi di sussidiarietà crea nuovi istituti giuridici per la gestione consensuale di interessi pubblici, quali la co-programmazione e la co-progettazione.

Tali istituti vengono previsti per il caso specifico dei rapporti tra amministrazione e Terzo settore.

In questo ambito, già l'art. 7, c. 1, del d.p.c.m. 30 marzo 2001, *Istruttorie pubbliche per la co-progettazione con i soggetti del Terzo settore*, disponeva che, nell'ambito delle politiche sociali, i Comuni potessero coinvolgere i soggetti del Terzo settore, giungendo a co-progettare interventi innovativi e sperimentali⁷⁷.

Il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo Settore rafforza ed amplia quel primo orientamento normativo, introducendo all'art. 55 una norma che prevede esplicitamente la co-programmazione e la co-progettazione⁷⁸.

Precisa il comma 2 dell'art. 55 del Codice che la co-programmazione è «finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili». Mentre la co-progettazione «è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui al comma 2».

La nuova modalità di gestire interessi pubblici in modo consensuale e cooperativo, seppure in uno specifico settore, trova significativo riconoscimento nel-

⁷⁶ F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, cit., 45 ss.; F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019; D. Palazzo, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022.

⁷⁷ R. Morzenti Pellegrini, *Il ruolo del Terzo settore nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020.

⁷⁸ Sulla definizione stessa di amministrazione condivisa: G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi Parlamentari e di Politica costituzionale*, 1997, 29 ss. Più di recente: F. Giglioni, *Consolidamento e futuro dell'amministrazione condivisa*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 20; B. Giliberti, *L'amministrazione condivisa: co-programmazione e co-progettazione nel Terzo settore tra autonoma iniziativa delle formazioni sociali e poteri delle pubbliche amministrazioni*, in A.a. Vv., *Lo spazio della pubblica amministrazione, Vecchi territori e nuove frontiere*, Annuario AIPDA 2023, Napoli, 2024, 321 ss.; A. Crismani (a cura di), *Il Terzo Settore come organizzazione della solidarietà*, Pisa, 2025.

la nota sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, che si pronuncia sulla legittimità dell'art. 55 del Codice⁷⁹.

Sottolinea la Corte che tale articolo prevede legittimamente «il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi», configurando «un nuovo rapporto collaborativo» con gli enti pubblici, «al fine di rendere più efficace l'azione amministrativa nei settori di attività di interesse generale definiti dal CTS».

Precisa la Corte che ciò è possibile in quanto gli ETS sono rappresentativi della società solidale ed hanno, per le attività che svolgono, una precisa conoscenza del territorio e delle specifiche esigenze di solidarietà sociale. Per questo la co-progettazione e la co-gestione si giustificano in quanto gli ETS sono «in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (altrimenti conseguibili in tempi più lunghi e con costi organizzativi a proprio carico)» sia perché hanno altresì «capacità organizzativa e di intervento». E' per questi motivi che la Corte ammette che il rapporto tra amministrazioni ed ETS crea «*un canale di amministrazione condivisa*», che produce «uno specifico modello di condivisione della funzione pubblica».

La Corte, invero, non riconosce una forma generale di gestione condivisa degli interessi pubblici, anzi sottolinea che la legittimità dell'art. 55 del Codice si giustifica, in questo caso speciale, proprio per la particolare competenza e sensibilità sociale degli ETS, che consente alla stessa amministrazione di avere un quadro informativo più preciso e, di conseguenza, una programmazione più efficace ed anche meno onerosa dei servizi sociali.

Tuttavia è innegabile, come riconoscono dottrina e giurisprudenza successiva, che la sentenza n. 131/2020 abbia aperto la porta ad una nuova configurazione di amministrazione consensuale e concordata, seppure con soggetti specificamente competenti in un determinato settore.

In sostanza, la sentenza pone alcuni principi identificativi dell'amministrazione condivisa che saranno poi declinati in altre forme ancora più generali, come ad esempio i patti di collaborazione in cui – come vedremo – la legittimazione alla condivisione del servizio con l'amministrazione non è più dovuta, come per gli ETS, alla competenza in materia, ma solo ed esclusivamente all'essere cittadini attivi.

⁷⁹ Nell'ampia bibliografia sul punto, si veda: G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del terzo settore*, in *Giur. cost.*, 2020, 1439 ss.; F. Giglioni, *L'amministrazione condivisa è parte integrante della Costituzione italiana*, in *Labsus*, 2020; E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021; A. Gualdani, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti interventi normativi*, in *federalismi.it*, 2021, 21, 113.

Perciò, la sentenza della Corte costituzionale, pur avendo ad oggetto specificamente gli enti del Terzo settore, pone alcuni principi che eccedono tale ambito, potendo così essere considerati principi generali dell'azione amministrativa.

In particolare, come detto, la sentenza riconosce che i soggetti privati organizzati per uno scopo hanno conoscenza della situazione da regolare maggiore della stessa amministrazione. Cade perciò uno dei presupposti che storicamente hanno giustificato il potere esclusive delle amministrazioni, cioè la maggiore conoscenza dei fatti su cui deliberare. Si capovolge il modello di amministrazione weberiana, che fonda la sua autorità sulla maggiore competenza dell'amministrazione che conosce meglio di tutti le esigenze del territorio ed ha gli strumenti per realizzarli. La sentenza della Corte riconosce, invece, che soprattutto nelle società attuali, i bisogni del territorio e dei cittadini sono conosciute più da chi abita i territori che dalle stesse amministrazioni locali⁸⁰.

L'amministrazione condivisa compie un altro importante passo in avanti nel Codice dei contratti pubblici del 2023, che la introduce all'art. 6, tra i principi fondamentali del Codice, nei rapporti con gli ETS⁸¹.

Anche in questo caso, come nel Codice del Terzo settore, l'introduzione di un nuovo modello amministrativo si fonda sui principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, che giustificano la possibilità di avere «modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore».

Si dà seguito così a quanto previsto nel codice del Terzo settore, introducendo forme di contratti pubblici diversi da quelli che comportano rapporti sinallagmatici. La precisazione è fondamentale, perché, specificando quanto non detto nel Codice del Terzo settore, si chiarisce bene la specificità di tali contratti.

Il chiarimento sulla esclusione del sinallagma contrattuale non è affatto casuale, vista la controversa interpretazione della disciplina posta dal Codice del Terzo settore in rapporto con il Codice dei contratti pubblici.

Infatti, quanto al requisito dell'assenza di rapporti sinallagmatici come elemento caratterizzante delle attività del Terzo settore si è sviluppato un significativo dibattito⁸². Il Consiglio di Stato, con il parere n. 2052/2018 espresso sul

⁸⁰ La questione sulla gestione dei dati merita maggiore approfondimento, impossibile in questa sede, sulla gestione dei dati va approfondita, in altra sede, in quanto coinvolge il più vasto problema della loro conoscenza e disponibilità in una società tecnologica in cui il patrimonio informativo è sempre più diffuso, ma in prevalenza nella disponibilità di grandi soggetti privati, che li detengono a fini commerciali. Sul punto, si veda: A. Simonati, *I dati personali in possesso dell'amministrazione: beni a destinazione pubblica?*, in *Ceridap*, luglio 2025.

⁸¹ Alcune prime forme di partenariato sociale erano già previste, negli artt. 189 e 190 del precedente Codice dei contratti pubblici, come, ad esempio, la cura di beni da parte dei cittadini e l'istituto del baratto amministrativo; per un'interessante, più ampia, analisi sul punto: J. Vavalli, *Il partenariato quale espressione del diritto amministrativo paritario: proposte per un inquadramento giuridico dell'istituto*, in *Dir. amm.*, 2022, 1, 215 ss.

⁸² Di recente: R. Parisi, *Luci (normative) e ombre (interpretative) nell'applicazione degli istituti di coinvolgimento attivo degli enti del terzo settore previsti dal d.lgs. n. 117/2017*, su *questa Rivista*.

Codice del Terzo settore, aveva ritenuto che esso presupponesse la totale gratuità del servizio svolto, senza neppure il pagamento dei costi necessari, primi fra tutti quelli relativi al personale necessario⁸³.

L'art. 6 del Codice dei contratti risolve la questione, ove afferma che restano al di fuori dell'ambito della sua applicazione gli istituti disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore. Trova conferma, perciò, l'opinione secondo cui il fine solidaristico che consente rapporti di amministrazione condivisa non viene meno ove si preveda una spesa per la retribuzione dei lavoratori e per gli strumenti necessari per lo svolgimento del servizio stesso⁸⁴. Ciò che non è consentito è perseguire il lucro con la distribuzione di eventuali utili tra i componenti dell'associazione, venendo meno, in questo modo, la natura stessa di ente del Terzo settore, che persegue finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento di una delle attività di interesse generale, come previsto dall'art. 5 del relativo Codice⁸⁵.

Perciò, quando l'art. 4 del Codice del terzo settore prevede come elemento caratterizzante degli ETS la mancanza di lucro, deve intendersi che non vi sia distribuzione di utili per gli associati, ma non certo che non debbano essere ammesse a finanziamento le spese per il personale e l'organizzazione del servizio, poiché altrimenti si avrebbe, per assurdo, un illecito arricchimento dell'amministrazione che fruirebbe di un servizio senza avere nessun onere economico.

Il ruolo del partenariato sociale è poi riconosciuto nel nuovo Codice dei servizi pubblici locali, D. lgs. 23 dicembre 2022, che all'art. 18 ammette la possibilità, sempre in nome dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, che gli enti locali possano attivare con soggetti del Terzo settore rapporti di partenariato, secondo quanto previsto dal relativo Codice «per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica»⁸⁶.

È significativo che nella regolazione dei servizi locali una norma preveda esplicitamente l'attribuzione di servizi pubblici a soggetti del Terzo settore, supe-

⁸³ Ci si riferisce, in particolare, a Cons. St., Comm. spec., 20 agosto 2018, parere n. 2052.

⁸⁴ In questo senso N. Vettori, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, in *PA Persona e amministrazione*, 2023, 2, 813 ss., secondo cui le somme eventualmente corrisposte dall'amministrazione non possono rappresentare un prezzo, ma devono essere indipendenti dallo stesso o, al più, limitarsi a coprire i costi effettivamente sostenuti e documentati.

⁸⁵ M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Quale sistema di welfare di fronte alle nuove fragilità?*, in *Il diritto amministrativo per la ripresa: nuove fragilità, nuovi bisogni, nuove sfide*. Atti del Convegno annuale AIPDA 2021, Napoli, 2022, 58 ss.; D. Palazzo, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, cit., 153 ss.

⁸⁶ A. Di Giovanni, E. Picozza (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, Commento sistematico al D.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, Torino, 2024.

rando le tradizionali modalità di assegnazione di essi⁸⁷. Ciò significa che, anche a livello degli enti locali, appare netta la differenza tra servizi svolti a seguito di procedure concorsuali e servizi affidati invece in maniera diretta a seguito della creazione di un partenariato con enti del Terzo settore, segnando, ancora una volta, la peculiarità di tale rapporto in nome della sussidiarietà orizzontale e della mancanza del lucro, nel senso sopra indicato.

Tornando all'art. 6 del Codice contratti, esso si limita, quanto all'oggetto, a riferirsi ad attività a spiccata valenza sociale, che è una definizione giustamente ritenuta riduttiva e distante dalla definizione di «attività di interesse generale» prevista dall'art. 118, c. 4 della Costituzione, nonché dall'art. 5 del d.lgs. n. 117/2017 che definisce l'ambito di azione del Terzo settore.

Anzi, appare più adeguato ai principi costituzionali l'art. 3 c. 5 del Testo unico degli enti locali, che, con una disposizione antesignana rispetto a quelle attuali, aveva previsto che gli enti territoriali potessero svolgere addirittura le loro *funzioni* anche attraverso attività dovute all'autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali e non solo i servizi come invece previsto nel Codice del Terzo settore e nella disciplina dei contratti pubblici⁸⁸.

Si rafforza così l'idea di un'amministrazione condivisa, che non solo consente di gestire servizi in collaborazione con gli enti pubblici (evento peraltro già noto con la modalità dell'accreditamento), ma condivide la funzione amministrativa, chiarendo ancora una volta e definitivamente che anche i rapporti di diritto pubblico, come previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo, possono essere esercitati con modalità consensuali.

7. *La quarta evoluzione: l'amministrazione condivisa*

L'evoluzione dell'amministrazione consensuale e pattizia conduce verso nuove frontiere ed innovative modalità di rapporti tra amministrazione e privati, sia per dare risposte più adeguate ai bisogni della collettività, sia per incentivare forme di cittadinanza attiva, come espressione matura di solidarietà sociale, ambedue fattori sempre più necessari in tempi in cui la partecipazione politica ed il dibattito pubblico sono sempre meno intensi.

⁸⁷ Sul punto: M.V. Ferroni, *Art. 18 - Rapporti di partenariato con gli enti del terzo settore*, in A. Di Giovanni, E. Picozza (a cura di), *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 152 ss.

⁸⁸ N. Vettori, *L'amministrazione condivisa nel nuovo codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, cit., 829.

L'amministrazione condivisa, pensata già da tempo⁸⁹, assume natura di categoria generale, superando le specifiche forme di co-amministrazione contenute nel Codice del Terzo settore o nel Codice dei contratti pubblici⁹⁰.

L'amministrazione "tradizionale" esercita il potere con mezzi autoritativi o anche privatistici, con modalità consensuali⁹¹ o di tipo regolatorio⁹². L'amministrazione condivisa è, invece, un modo del tutto diverso di gestire interessi pubblici, poiché, dando piena attuazione al principio costituzionale della partecipazione solidaristica⁹³, il privato collabora con l'amministrazione nell'elaborazione e nella cura dell'interesse generale e non solo di quello suo proprio⁹⁴.

La difficoltà di configurare una nuova modalità di azione amministrativa viene sempre più superata attraverso una normativa, spesso prevista in regolamenti comunali definiti con gli stessi cittadini, che disciplinano un'ampia serie di rapporti tra privati ed amministrazioni, gestiti in maniera condivisa e duratura e non più in maniera sporadica ed occasionale⁹⁵.

La più solida espressione dell'amministrazione condivisa si ritrova nei patti di collaborazione⁹⁶, sempre maggiormente previsti soprattutto a livello comunale⁹⁷. Negli enti territoriali, la capacità di gestire beni e servizi con forme consensuali e partecipative ha consentito di maturare esperienze di collaborazione con la collettività territoriale, che ha portato alla stipula di regolamenti sull'amministrazione condivisa, ampliando la portata della collaborazione e consentendo di con-

⁸⁹ G. Arena, Introduzione all'amministrazione condivisa, cit., l'amministrazione condivisa consente ai cittadini di passare dal ruolo passivo di amministrati a diventare co-amministratori, soggetti attivi che, integrano le risorse di cui sono portatori con quelle di cui è dotata l'amministrazione assumendosi una parte di responsabilità nel risolvere problemi di interesse generale.

⁹⁰ Lo conferma ancora di recente G. Arena, *Un approccio sistemico all'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, Trento, 2022, a cui si riconosce di avere dato un nome ed un contenuto a tale nuova modalità di gestione degli interessi pubblici.

⁹¹ V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 30.

⁹² F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 70.

⁹³ Per D. de Pretis, *Principi costituzionali e amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 40-41, «c'è un legame più trasversale, una consonanza di parole e di linguaggio fra Costituzione e amministrazione condivisa, che merita di essere sottolineata».

⁹⁴ V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di) *L'amministrazione condivisa*, cit., 33.

⁹⁵ Sulle diverse e variegate forme di amministrazione condivisa si veda l'ampia ed approfondita riflessione di P. Duret, *Status active civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, cit.; C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, in *Rivista giur. edil.*, 2024, 6, 433.

⁹⁶ Altrimenti denominati in modo vario come patti di solidarietà, patti di sussidiarietà, atti di collaborazione, patti di impegno.

⁹⁷ Il primo regolamento in materia è quello del Comune di Bologna del 2014, poi innovato nel 2022, a cui hanno fatto seguito molti altri.

figurare, di conseguenza, una nuova categoria di beni comuni⁹⁸. Anzi, la pandemia ha reso evidente e necessaria un'azione congiunta di cittadini ed amministrazione, tanto che il PNRR ha previsto specifici fondi per la rigenerazione urbana, ampliando la discussione sulla natura di un'attività che interessa le persone e le collettività territoriali e prevedendo forme di partecipazione di associazioni di cittadini⁹⁹. Tale situazione si consolida definitivamente con la previsione, nel Codice dei contratti pubblici, degli interventi di rigenerazione urbana come una specifica modalità di procedura di gara¹⁰⁰.

Torna la domanda, già posta in precedenza, sulla natura giuridica dei patti di collaborazione, se cioè essi possano essere considerati come accordi previsti dalla legge sul procedimento, anche eventualmente sotto la forma di accordi a collaborazione necessaria¹⁰¹.

Ma, prima di individuarne la natura è opportuno indagare quali siano le situazioni in cui sia stato possibile utilizzare i patti di collaborazione, anche oltre i casi relativi all'assetto territoriale, da cui comunque hanno preso spunto¹⁰². Infatti, il ricorso ai patti territoriali parte dalla sistemazione urbanistica più semplice (dalla cura del verde pubblico agli orti urbani) ma si sviluppa fino alle più complesse questioni relative alla finanza sociale o alle comunità energetiche¹⁰³, poiché la fertilità del concetto di amministrazione condivisa¹⁰⁴ ha prodotto una serie di

⁹⁸ G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 441 ss.

⁹⁹ E. Frediani, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Dir. amm.*, 2023, 2, 301 ss.; A. Moliterni, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 441 ss.

¹⁰⁰ Il Codice dei contratti pubblici, Allegato I.1 Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti. Art. 3 Definizioni delle procedure e degli affidamenti, lett. o) indica come interventi di rigenerazione urbana, quegli «interventi che hanno il fine di contrastare il consumo del suolo, incentivando il recupero, il riuso e la valorizzazione del patrimonio edilizio esistente e dei tessuti urbani, favorendo usi compatibili degli edifici e degli spazi pubblici e privati, nonché promuovendo la qualità urbana e architettonica».

¹⁰¹ F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., 90, che richiama P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, cit. In questo senso anche G. Arena, *Il diritto del terzo settore preso sul serio*, in *Welforum.it*, 2019, 6, visto che gli accordi possono anche essere quelli dotati di tipicità normativa, come già evidenziato da G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 155 ss.

¹⁰² Secondo L. Lanzoni, *La sussidiarietà orizzontale nell'organizzazione locale: il modello di Verona*, in *Federalismi.it*, 11 gennaio 2023, il Comune di Verona ha sottoscritto dal 2017 oltre cento patti di sussidiarietà, secondo un regolamento specificamente predisposto.

¹⁰³ Di recente, sul punto, si veda l'ampia esposizione di C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, in *Riv. giur. edil.*, 2024, 6, 433 ss.

¹⁰⁴ Lo sottolinea F. Cortese, *Amministrazione condivisa e biografia giuridica della nazione*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 25, secondo cui «Quello dell'amministrazione condivisa, pertanto, lungi dal dimostrarsi come elemento sintomatico di una (pur vieppiù conclamata) fase critica dei rapporti tra politica e amministrazione o della forza operativa dei soggetti pubblici – quasi che le esperienze di cittadinanza attiva fungessero da improvvisata o episodica reazione agli effetti del “morso” del debito pubblico sui bilanci delle pp.aa. – è valso quale acceleratore di sorprendenti dinamiche seminali e resilienti, tanto nella coscienza popolare, quanto nella motivazione di larga parte della comunità scientifica».

situazioni giuridicamente tutelate di nuovo conio, che è opportuno indagare prima di procedere a categorizzazioni, non sempre certe o, forse, non necessarie¹⁰⁵.

Infatti, la tipologia dei patti è difficilmente tipizzabile, proprio perché l'autonomia della regolazione da parte degli enti territoriali, impedisce di formulare un unico modello di patto, che, per la sua stessa natura, va adattato alle peculiari esigenze del territorio. Anzi, la mancanza di un modello standard di patto è la logica conseguenza del fatto che ogni comunità territoriale ha esigenze e situazioni concrete diverse, cosicché la disciplina dei patti non può che essere differenziata, secondo le variegata esigenze delle singole collettività territoriali. Invero, la varietà dei patti è la misura della loro effettiva novità, gemmata dalla collettività territoriale d'intesa con le singole amministrazioni; è l'esatto contrario di quanto avvenuto negli Anni Novanta del Novecento con la redazione degli Statuti comunali, simbolo positivo di una nuova autonomia normativa, ma spesso "copiati" in spregio alle peculiarità dei singoli territori.

La giusta difformità dei patti impedisce, perciò, un'analisi dettagliata dei contenuti in questa sede, dovendo limitarci a richiamarne i profili fondamentali. Quanto al soggetto in grado di stipulare i patti, il punto discriminante è che esso non deve avere uno scopo personale di lucro. È ovvio che non si può escludere un interesse concreto di chi propone o partecipa ad un patto territoriale, poiché la partecipazione, comportando anche costi relativi all'uso del proprio tempo, necessita sempre di una motivazione, ma ciò che differenzia questo tipo di partecipazione da quella dei soggetti interessati nel procedimento amministrativo è il fatto che il beneficio auspicato ha la natura di un interesse collettivo, la cui soddisfazione riguarda più destinatari¹⁰⁶. Inoltre, deve essere palese l'utilità generale di creare o migliorare un servizio carente o di consentire l'uso, a fini sociali, di beni pubblici. I regolamenti sui patti propongono vari tipi di soggetti proponenti, spesso genericamente indicati come cittadini attivi singoli o associati; ampia anche l'indicazione relativa ai soggetti che possono intervenire pure a procedimento iniziato, poiché il fine primario è sempre quello di ampliare la partecipazione responsabile e la cittadinanza attiva. Quanto alle regole sul procedimento per la stipula dei patti, l'informalità è la regola: la partecipazione è consentita a gruppi di cittadini e residenti senza che sia necessaria la costituzione di un'associazione, anche se alcu-

¹⁰⁵ F. Gigliani, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, in G. Arena, M. Bombardelli (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., 81, ricorda che durante la pandemia si sono sviluppate moltissime forme di amministrazione condivisa «che non erano il frutto di nessuna procedura determinata da norme di legge, né fondate necessariamente su atti giuridici».

¹⁰⁶ In questo senso, la partecipazione ad un patto di collaborazione si avvicina alla partecipazione al procedimento dei titolari degli interessi diffusi *ex art. 9* della legge sul procedimento, ma diversa è la motivazione e le modalità di avvio nei due casi, in quanto nei patti territoriali è più evidente l'aspetto solidaristico e la capacità propositiva della collettività territoriale che non si pone, come nella legge sul procedimento, contro una scelta già avviata dall'amministrazione, ma condivide, fin dall'origine, un progetto comune con l'amministrazione.

ni regolamenti richiedono che sia dimostrato che le decisioni del soggetto privato vengano assunte con modalità democratiche al suo interno.

Insomma, il nemico dei patti sarebbe la rigidità normativa e la tipizzazione dei casi, lasciando, invece, alla varietà territoriale la più ampia libertà sia nella determinazione del regolamento che nella stipulazione del patto.

Certo l'ambito privilegiato, ma non l'unico, dei patti è l'assetto territoriale sotto il profilo della rigenerazione urbana, in una collaborazione che può essere legata ad una specifica iniziativa in un singolo contesto, fino a costituire un laboratorio di cittadinanza continua e non occasionale, che collabori alla generale configurazione della città, intesa come infrastruttura complessa in cui coesistono persone, edifici, beni culturali¹⁰⁷, ambiente, cultura, servizi alle persone¹⁰⁸.

8. *La quinta evoluzione: il partenariato pubblico-privato*

L'amministrazione consensuale si rinviene anche nelle varie forme di partenariato pubblico-privato, introdotte dal Codice dei contratti pubblici¹⁰⁹.

Il partenariato trova la sua origine nella disciplina europea in materia di appalti pubblici: il Libro verde sui partenariati pubblico-privati, gli appalti pubblici e le concessioni (COM 2004, 327) li definisce come «forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio».

Il Codice dei contratti pubblici emanato con d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50, riprendendo quanto previsto nelle disposizioni euro-unitarie, introduce, per la prima volta nel nostro ordinamento, il partenariato pubblico-privato.

L'art. 3, lett. eee, del Codice definisce i partenariati pubblico-privato come accordi «aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità,

¹⁰⁷ C. Vitale, *Riuso del patrimonio culturale e sviluppo delle aree interne. Le norme e le pratiche*, in *Dir. amm.*, 2022, 2, 867 ss.

¹⁰⁸ S. Foster, C. Iaione, *The City as a Commons*, in *Yale Law & Policy Review*, 2016, 34, 281; P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La Co-città, Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018. Più in generale rimane fondamentale il pensiero di Henry Lefebvre in *Le droit à la ville*, Parigi, 1968, su cui, tra gli altri, si sofferma F. Saitta, *Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica*, in *Dir. e soc.*, 2020, 3, 395 ss.

¹⁰⁹ G.F. Cartei, *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione (Artt.174,175,176,177 e 192)*, in G.F. Cartei, D. Iaria, *Codice dei contratti pubblici*, cit., 895 ss.; M. Trimarchi, *Partenariato pubblico-privato (art. 174-175 e 198-202) e finanza di progetto (art. 193-195)*, in V. Fanti (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, cit., 507 ss.; F.G. Albisinni, C. Figliolia, *Il partenariato e la concessione*, in M. Macchia, *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 339 ss.

oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti».

Le modalità di esercizio di tale tipo di partenariato vengono poi stabilite nella Parte quarta del Codice, negli articoli da 180 a 191, che definiscono il partenariato come un contratto a titolo oneroso. L'ultimo comma dell'art. 180 include, tra i contratti di partenariato pubblico-privato, anche la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità, nonché qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che comporti il trasferimento del rischio di gestione in capo all'operatore privato¹¹⁰.

Un'ulteriore specifica forma di partenariato si rinviene nel successivo Codice dei contratti pubblici del 31 marzo 2023 n. 36, che nel libro quarto "Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni, Parte V – Altre disposizioni in materia di partenariato pubblico privato", all'art. 201, prevede espressamente il "partenariato sociale", indicandone oggetto e prestazioni. Tale norma consente agli enti pubblici di regolare con atto di natura generale la gestione e la manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi; la gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati che, all'uopo, beneficiano di incentivi fiscali direttamente attinenti alla attività svolta dal singolo o dalla associazione, o comunque utile alla comunità territoriale di riferimento; la realizzazione di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, e a spese di questi ultimi.

Tutta la disciplina sul partenariato costituisce un'ulteriore evoluzione dell'amministrazione consensuale, attraverso la quale soggetti pubblici e privati concordano, d'intesa tra loro, modalità condivise di realizzazione di opere o servizi.

Altra questione, posta in dottrina, è se le misure di partenariato pubblico-privato siano riconducibili all'amministrazione condivisa, soprattutto dopo che il nuovo Codice, integrando la disciplina precedente, ha introdotto il partenariato sociale, che prevede nuove forme di co-progettazione, soprattutto in materia di riuso del territorio.

¹¹⁰ Sui rapporti tra partenariato e principio di sussidiarietà: R. Dipace, *Partenariato pubblico privato*, in *L'Amministrativista*, 6 maggio 2016; G. Taglianetti, *La disciplina del partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, 27 luglio 2016.

Invero, già sotto la vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici, si è osservato che il partenariato pubblico-privato costituisce soltanto un modo, tra gli altri, di realizzare opere o servizi, con una ripartizione dei costi e dei rischi tra pubblico e privato. La possibile similitudine con l'amministrazione condivisa riguarda soltanto il richiamo alla sussidiarietà orizzontale, che accomuna le due situazioni, ma non il motivo ispiratore della norma ed i suoi effettivi contenuti, avendo, più in generale, come propria caratteristica una concezione economicistica e sinallagmatica del rapporto cittadino-amministrazione, che mal si adatta ad essere considerata espressione di amministrazione condivisa¹¹¹, pur mantenendo la forma di amministrazione consensuale.

Anche il partenariato sociale previsto nel nuovo Codice mantiene la caratteristica tipica di un'amministrazione consensuale, senza essere tuttavia espressione di amministrazione condivisa. Infatti, lo scopo principale della norma, analogamente al precedente Codice, rimane quello di ottenere dai privati la realizzazione di opere o servizi con incentivi od esenzioni tributarie, trasferendo sul privato la modalità di realizzazione ed i relativi oneri economici, configurando così un'altra finalità rispetto al modello dell'amministrazione condivisa.

Pur tenendo conto di tale insuperabile rilievo, la nuova disposizione normativa ripropone la questione relativa all'eventuale possibilità di individuare tipi speciali di partenariati – eccedenti la specifica disposizione del Codice dei contratti – che possano essere ricondotti nell'ambito dell'amministrazione condivisa, pur senza negare la distinzione sostanziale tra i due istituti. Si tratta, cioè, di atti impropriamente definiti di partenariato ai sensi del Codice, ma che, nei contesti locali, perseguono gli stessi obiettivi con le medesime modalità dell'amministrazione condivisa.

L'analisi empirica dei casi sui territori dimostra la forza espansiva dell'amministrazione condivisa, anche quando alcuni enti territoriali la perseguono con atti a cui danno il nome di partenariato, così confermando, in definitiva, che l'amministrazione condivisa si sviluppa diversamente sui territori, proprio perché è lo specchio della capacità di coordinamento tra amministrazioni e specifiche collettività territoriali, diversamente sensibili rispetto allo sviluppo condiviso.

¹¹¹ In tal senso, F. Giglioni, *Forme e strumenti dell'amministrazione condivisa*, cit., 104, ritiene che, trattandosi di contratti, questa fattispecie non è sussumibile sotto la categoria dell'amministrazione condivisa. Anche secondo C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, cit. 434, «i p.p.p. presentano però limiti significativi, tra cui l'assenza di partecipazione della comunità locale, e rischiano di prestare meno attenzione ai requisiti locali e di rinunciare al sostegno della comunità che potrebbe essere fondamentale per un'attuazione efficace».

Il tentativo di riportare atti definiti come partenariati nell'amministrazione condivisa prende spunto da nuove modalità partecipative, previste in specifici ed originali regolamenti degli enti territoriali¹¹².

Perciò, se è pur vero che il partenariato pubblico-privato nasce e vive per altri scopi rispetto al pieno coinvolgimento delle comunità locali, non si può tuttavia escludere che gli enti territoriali, nella loro autonomia, possano usare il modello partenariale per arrivare a risultati analoghi a quelli dell'amministrazione condivisa. Anzi, a dire il vero, al di là ed oltre le definizioni letterali, il fenomeno in oggetto dimostra la capacità espansiva dell'amministrazione condivisa stessa.

Ne è prova la crescita di nuovi modelli di partenariato pubblico-privato che coinvolgono le collettività territoriali alla stregua di patti di collaborazione, come segnala una parte della dottrina che, pur ammettendo le incongruenze normative esistenti, indica numerose esperienze già attive sul territorio. Si segnalano, in questa ottica, ad esempio, gli accordi di quartiere per la co-progettazione dello sviluppo urbano, i partenariati pubblico-comunità (p.p.c.) e pubblico-privato-comunità (p.p.p.c.) nel settore del *co-Housing* per il diritto alla casa o nel settore dei servizi pubblici di interesse generale, come la banda larga di comunità o le comunità energetiche, sebbene si segnali la necessità di differenti modalità di finanziamento rispetto a quelli attuali¹¹³.

9. Conclusioni

Le considerazioni svolte dimostrano la forza espansiva dell'amministrazione consensuale, inizialmente configurata nella legge sul procedimento amministrativo.

In quella legge di principi si vedeva in trasparenza il lavoro di una commissione di studiosi, che avevano già manifestato nei loro lavori scientifici l'idea di un certo tipo di amministrazione, lontana dalla dicotomia Stato – collettività sociale, in conformità con una Costituzione che riconosce nella soddisfazione

¹¹² In questo senso C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, cit., 435, secondo cui «i residenti, i comitati di quartiere, le organizzazioni non governative (ONG) e altri soggetti del settore civico possono collaborare con il governo locale attraverso una varietà di strutture e accordi organizzativi che danno vita e struttura a partenariati multi-attoriali pubblico-comunità o pubblico-privato-comunità nel senso che integrano diverse tipologie di attori pubblici, privati, scientifici, sociali, civici (c.d. *governance* a quintupla elica)».

¹¹³ Osserva C. Iaione, *Partenariato e finanza di progetto di comunità*, cit., 441, che «il lavoro di forgiare degli strumenti giuridici per l'implementazione di un sistema di *co-governance* e l'attuazione degli obiettivi sopra descritti si è concentrato anzitutto su un'opera di evoluzione del partenariato pubblico-privato (p.p.p.) verso partenariati pubblico-comunità (p.p.c.) e partenariati pubblico-privato-comunità (p.p.p.c.) per coinvolgere molteplici attori, non solo pubblici e non solo privati».

dei bisogni sociali il fondamento della legalità e, dunque, nel corpo sociale, l'origine stessa del diritto.

Si coglie, nella trama di quella legge, la necessità di configurare l'amministrazione come espressione stessa della comunità ed a servizio di essa. Non si tratta affatto di un'eterea visione, ma di una precisa convinzione che, anzi, tende proprio a prevenire il conflitto e ad elevare la qualità delle prestazioni, attraverso modalità concordate di svolgimento delle attività di interesse generale.

Si potrebbe pensare che questa visione, esaltando l'iniziativa dei cittadini attivi, limiti o, peggio, non tenga conto del potere attribuito alle amministrazioni, che mantengono, non fosse altro, la possibilità di accedere o meno all'accordo. Invero, la storia accennata in queste pagine conferma l'importanza del ruolo delle amministrazioni, quando esse, coscienti del cambiamento, scelgono di collaborare con le organizzazioni sociali, anzi diventando esse stesse promotrici degli accordi. Si tratta, spesso, di un reciproco vantaggio, che consente alle amministrazioni di soddisfare reali esigenze del territorio, utilizzando tuttavia poteri non autoritativi. Peraltro, questo tipo di amministrazione è da tempo diritto effettivo, poiché – come si è visto – sono le norme che, sulla scia degli accordi procedurali, prevedono diversi specifici istituti consensuali come la programmazione negoziata, il partenariato, la co-programmazione e la co-progettazione, gli accordi ed i patti di collaborazione.

Le difficoltà applicative spesso riscontrate e le interpretazioni restrittive delle norme sull'amministrazione condivisa non oscurano la forza vitale di una disciplina giuridica fondata sulla partecipazione e sugli accordi.

La descrizione dell'evoluzione dell'amministrazione consensuale, incarnata in vari tipi di figure giuridiche, avvalorata la fecondità di quelle idee condensate nella legge sul procedimento e dimostra anche come la ricerca giuridica è il fondamento della migliore convivenza civile, lungi dalla obsoleta configurazione di studiosi avulsi dal contesto sociale che li circonda.

La forza espansiva dell'amministrazione consensuale

L'elaborato analizza l'evoluzione del modello di azione della Pubblica Amministrazione a trentacinque anni dalla Legge n. 241/1990, dimostrando come i principi di partecipazione abbiano generato una forza espansiva inarrestabile. Dalle iniziali forme di consenso e concertazione, basate sulla buona fede e sull'affidamento reciproco, il contributo esplora le successive fasi di sviluppo. L'attenzione si focalizza sulle più avanzate esperienze di amministrazione condivisa, quali la co-programmazione con il Terzo Settore e il partenariato pubblico-privato-comunità, evidenziando la fisiologica tendenza dell'azione amministrativa verso la co-gestione delle attività pubbliche.

The expansive force of consensual administration

The essay analyzes the evolution of the Public Administration's model of action thirty-five years after Law no. 241/1990, demonstrating how the principles of participation have generated an unstoppable expansive force. Starting from the initial forms of consensus and concerted action, rooted in good faith and mutual reliance, the contribution explores the subsequent phases of development. Attention is focused on the most advanced experiences of shared administration (amministrazione condivisa), such as co-programming with the Third Sector and public-private-community partnership, highlighting the physiological tendency of administrative action toward the co-management of public activities.