

Convegno AIPDA 2017

Decisioni amministrative e processi deliberativi

L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative

Ruggiero Dipace

Università degli Studi del Molise

Sommario: 1) Considerazioni introduttive; 2) La programmazione come fase necessaria nel processo decisionale; 3) Il ruolo della programmazione nella azione amministrativa; 4) La funzione di programmazione e le sue manifestazioni fra programmi e piani; 5) La indefettibilità della programmazione interna nelle pubbliche amministrazioni; 6) La forza cogente della programmazione esterna; 7) La discrezionalità "programmatoria"; 8) Le garanzie procedurali nell'attività di programmazione: partecipazione, accesso e motivazione; 9) La stabilità delle decisioni programmatiche, la tutela del legittimo affidamento e gli effetti dell'annullamento; 10) La programmazione come presupposto e l'invalidità derivata; 11) La patologia della programmazione e degli atti esecutivi: violazioni, elusioni e omissioni; 12) Conclusioni.

1) Considerazioni introduttive

La programmazione e il suo ruolo nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni, come presupposto logico e giuridico di decisioni è di sicura rilevanza e attualità ancorché affrontare tale tema possa rischiare di evocare stagioni ritenute fallimentari e oramai abbandonate dagli anni '70 dell'intervento programmatico dei poteri pubblici nel campo economico e finanziario nazionale.

La rilevanza del momento programmatico nell'ambito dell'esercizio dell'attività amministrativa si può cogliere allorché si rifletta sulla semplice ed efficace affermazione di Giannini che si trova in una nota finale del volume "Il pubblico potere"¹: "in amministrazioni pianificate si vive meglio". Ma, riflettendo, ci si pongono alcune domande fondamentali: chi vive meglio e perché si vive meglio? Quali sono i vantaggi della programmazione/pianificazione? I due termini, pianificazione e programmazione per il momento verranno utilizzati in modo indifferenziato, poiché si riconosce la loro comune matrice logica, anche se è chiaro, che nel mondo giuridico piani e programmi corrispondono a differenti categorie di atti.

In una amministrazione pianificata o programmata², sono i cittadini, innanzitutto, a vivere meglio poiché i loro interessi sono curati da interventi programmati (perciò conosciuti preventivamente), sulla base di una adeguata analisi e valutazione dei loro bisogni. Vivono meglio

¹ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 140.

² E. FORSTHOFF, considerando l'attività di programmazione come modo di esplicarsi della funzione amministrativa (*planende Verwaltung*), la contrapponeva alla amministrazione di prestazione e a quella autoritativa (Trasformazioni strutturali della democrazia moderna, in A. Mangia (a cura di), *L'ultimo Forsthoff. Scritti (1961-1969) di E. Forsthoff su Costituzione ed amministrazione tradotti e commentati*, 145 ss.

anche gli amministratori e i dirigenti i quali dispongono di direttive che indicano gli obiettivi da raggiungere e sulla base delle quali esercitano le proprie funzioni e i cui risultati sono sottoposti ad adeguati controlli. Vivono meglio gli operatori economici e gli imprenditori che hanno quadri di riferimento stabili per operare e programmare i propri investimenti. Dunque, curare adeguatamente gli interessi della collettività in un quadro di stabilità e certezza di obiettivi (funzione che è propria di ogni attività programmatoria) è l'essenza della buona amministrazione³. È buona amministrazione, infatti, quella che imposta la propria attività su programmi elaborati in conformità agli obiettivi da raggiungere e che rispetta quanto programmato.

Occorre, quindi, approfondire il ruolo della fase programmatoria come fattore di prefigurazione e di anticipazione delle scelte dei pubblici poteri e, in quanto tale, come fattore di limitazione o di conformazione della successiva attività amministrativa⁴, nonché occorre analizzare le conseguenze che la violazione, l'elusione o l'omissione della programmazione ha sulla successiva attività amministrativa.

Tale riflessione è di estrema rilevanza allorché si consideri che l'attività di programmazione e/o pianificazione caratterizza ampi settori dell'agire pubblico, sia qualora abbia rilevanza meramente interna sia qualora abbia la forza di connotare, in vario modo, le attività private (si pensi alla prima e fondamentale attività di programmazione che è quella della legge di stabilità; alla programmazione strategica dei ministeri; a quella del fabbisogno di personale pubblico; alle programmazioni in materia di acquisti da parte delle pubbliche amministrazioni; a quelle per soddisfare i livelli essenziali delle prestazioni sanitarie; a quelle che riguardano il territorio, l'ambiente e la difesa del suolo). Non solo, ma è la logica programmatoria a costituire il filo rosso che lega le politiche comunitarie a quelle nazionali: la legge di stabilità deve tener conto delle indicazioni comunitarie; la programmazione dei fondi strutturali comunitari è strettamente connessa alle politiche pubbliche nazionali in svariati settori (un esempio è la programmazione in materia di realizzazioni delle reti TEN).

Nell'attività di governo si è creato un vero ciclo integrato di pianificazione strategica e di bilancio che influenza a cascata le programmazioni degli enti locali (programmazioni regionali) e, a loro volta, queste programmazioni sono influenzate da quelle comunitarie. La logica della programmazione, quindi, si inserisce in maniera rilevante negli schemi della *multilevel governance* sia a livello comunitario sia, sempre di più, a livello globale.

Pur nella consapevolezza della difficoltà di operare generalizzazioni, poiché in ogni settore l'attività di programmazione può assumere connotati peculiari, si può affermare che essa è

³ G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. Dir.*, agg. II, 1998. Ogni buona amministrazione è una amministrazione per programmi e proprio mentre si amministra si possono cogliere le più significative esperienze da utilizzare per programmare quanto successivamente si dovrà fare.

⁴ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. Vol. VI, 2002, 79.

espressione della razionalità dell'agire amministrativo e può considerarsi emanazione del principio di buon andamento di cui all'art.97 della Costituzione e delle sue declinazioni codificate anche dalla legge 241/1990⁵. Tali principi sono il cardine della vita e dell'azione amministrativa e, quindi, condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale⁶.

Ugualmente, il principio di programmazione può trovare ancoraggio, quanto alla politica economica e finanziaria dello Stato sia nel primo comma dell'art. 97 Cost. sia nell'art. 81 Cost. che, nel prevedere il principio di legalità delle spese pubbliche, esige una disciplina orientata alla programmazione e al conseguente controllo delle stesse. Peraltro, la Costituzione prevede espressamente la pianificazione all'art. 41, comma 3 (la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali); art. 44 (proprietà fondiaria, anche attraverso la previsione dell'utilizzo razionale di suolo); art. 47 (credito). E se si scorre l'art. 117 molte delle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente sono soggette a vario titolo ad attività di pianificazione e programmazione (tutela dell'ambiente, governo del territorio, tutela della salute, istruzione, grandi reti di trasporto). Il principio di pianificazione, quindi, permea la Costituzione⁷.

Il ragionamento in tale senso deve partire, quindi, da una generale premessa, di considerare l'attività di programmazione o pianificazione come strumento ideologicamente neutro; e ciò è dimostrato dalla circostanza che, talvolta, la programmazione è stata considerata come “una tecnica”⁸ o un metodo generale dell'azione amministrativa⁹.

2) La programmazione come fase necessaria nel processo decisionale.

In generale, la programmazione si pone come stadio logico dell'agire razionale dell'uomo nelle sue relazioni sociali. Infatti, ogni scelta presuppone una prefigurazione delle finalità e degli obiettivi che si intendono raggiungere per predisporre i mezzi idonei a raggiungerli e per controllare i risultati. Programmare, secondo la celebre definizione di Luhmann, è “decidere sulle decisioni”¹⁰, secondo un disegno ordinato di condotte future¹¹.

⁵ Sul principio di buona amministrazione si veda di recente S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, relazione tenuta al Convegno APIDA 2016, *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, in www.dirittoamministrativo.org, il quale rileva che il principio di buona amministrazione, codificato sia dal diritto nazionale sia da quello comunitario, anche con riferimento alla buona gestione finanziaria, è diventato diritto. La norma sulla buona amministrazione non è norma programmatica ma disposizione che crea una situazione giuridica soggettiva a cui corrisponde un obbligo per la pubblica amministrazione, per cui da norma di azione è divenuta norma di relazione. Ed ancora, recentemente, R. URSI, *Le ragioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini 2016; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficienza ed efficacia*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, 2016, 41.

⁶ Corte costituzionale, 9 dicembre 1968, 123, in *Giur. Cost.*, 1968, 2151.

⁷ A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 91.

⁸ S. AMOROSINO, *I procedimenti di programmazione degli interventi straordinari nel Mezzogiorno: profili organizzatori e precettivi*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 28.

⁹ G. AMATO, *La programmazione come metodo dell'azione regionale*, in *Riv. it. dir. pubbl.* 1971, 413.

¹⁰ N. LUHMANN, *Stato, diritto e sistema sociale*, Napoli, 1978, 133.

Da questo punto di vista il concetto di programmazione richiama il concetto di ordine, ordinamento e, in ultima analisi di diritto, inteso come insieme di raccordi razionali e di coerenza complessiva; tanto che lo stesso Carnelutti, nel definire l'attività di pianificazione, ha affermato in via generale che "tutto il diritto è pianificazione"¹².

Questa definizione è stata sottoposta a critica per eccessiva genericità da chi ha diffusamente studiato gli istituti legati alla pianificazione/programmazione economica. In particolare, Predieri¹³ ritiene vi siano due moduli definitivi del fenomeno programmatico. Un primo, appunto più generico, volutamente utilizzato fino a questo momento, ossia programmazione come "precisione di fini e predisposizione di mezzi per consentirli". Un secondo, più articolato, come "sistema di organizzazione economica in cui individui, imprese sociali individuali o collettive vengono considerati come unità coordinate di un tutto unico al fine di utilizzare le risorse disponibili e di raggiungere il massimo soddisfacimento dei bisogni di una collettività entro un certo periodo di tempo"¹⁴ oppure "un metodo di interventi nella realtà economica sistematici e coerenti che consente di convogliare le attività economiche verso fini prestabiliti"¹⁵.

L'illustre Autore, però, rilevava che in tutti i tipi di definizione esiste un elemento su cui si concorda: pianificare è porre dei fini, operare delle scelte e coordinare le attività predisposte al raggiungimento di quello scopo¹⁶.

Se la programmazione si manifesta in "disegni ordinati di condotte future" tali disegni sono contenuti in atti idonei a produrre effetti giuridici nei confronti del soggetto che li adotta o di altri soggetti. Emerge, dunque, che l'attività di programmazione, con la sua capacità ordinante può svolgere un ruolo significativo nella necessaria ricerca di una sistematicità e razionalità, anche in chiave di certezza del diritto, dell'azione dei pubblici poteri¹⁷.

Anche dalla definizione strutturale della programmazione emerge la complessità di tale funzione¹⁸. Infatti, sono state individuate tre fasi della programmazione che consistono nella determinazione degli obiettivi fra loro compatibili e valutazione delle strategie alternative per il loro conseguimento (fase decisionale), nella indicazione delle risorse, dei centri di responsabilità,

¹¹ M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, 284.

¹² F. CARNELUTTI, *La pianificazione economica e i diritti della persona umana*, in *Quaderni di Justitia*, 6, Roma, 1955.

¹³ A. PREDIERI, *Pianificazione* cit., 103.

¹⁴ L.L. LORWIN, *Word economic planning. Addendum*, The Hague, 1931.

¹⁵ G.G. GRANGER, *Methodologie économique*, Paris, 1955, 373; C. NAPOLEONI, *Il problema della programmazione in Italia*, in *Rivista trimestrale*, 701.

¹⁶ M. S. GIANNINI, *La programmazione dal punto di vista giuridico*, ora in *Scritti*, vol. VI, Milano, 2005, 1091 il quale sosteneva che da questo punto di vista la programmazione, prima che in sede giuridica, ha rilevanza nella scienza dell'amministrazione e nelle scienze aziendalistiche, essendo un'attività di amministrazione ovvero l'amministrazione medesima.

¹⁷ Sulla rilevanza del principio di certezza del diritto, di buona amministrazione e di legittimi affidamento nella evoluzione dell'attività amministrativa si veda M.A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2016, 4.

¹⁸ M. CARABBA, *Programmazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XII, 1997, 35.

dei procedimenti e dei tempi di attuazione (fase di attuazione) e nella misurazione e valutazione dei risultati (fase del controllo).

Anche gli studi di scienza dell'amministrazione hanno la pianificazione come primo dei compiti del decisore politico/amministrativo che è, o dovrebbe essere, innanzitutto decisore razionale. Il "planning" è presupposto per le successive attività facenti parte del processo decisionale (Planning Organizing, Staffing, Directing, Coordinating, Reporting, Budgeting¹⁹).

La fase della programmazione è essenziale in qualsiasi processo di formulazione delle politiche pubbliche laddove gli obiettivi dovrebbero essere espliciti, chiari, non contraddittori, gerarchizzati, espressi in termini di risultati attesi; attraverso la programmazione si dovrebbero approntare mezzi quantitativamente adeguati e qualitativamente idonei al perseguimento di quegli obiettivi²⁰. Da ciò deriva che con una cattiva programmazione anche una ingente quantità di mezzi finanziari non sarebbe sufficiente ad assicurare il successo della *policy* pubblica²¹. Nella sostanza per progettare una policy si dovrebbe avere una teoria causale circa i fattori che producono il problema e una seconda teoria causale circa i mezzi idonei per risolverlo. E gli atti di programmazione, prefigurativi di decisioni e soluzioni devono essere adottati attraverso procedure nitide con le quali sia possibile rendere più facile il passaggio dalle prescrizioni generali al concreto provvedere.

Queste costruzioni relative alle politiche pubbliche sono tributarie delle teorie organizzatorie che si occupano in generale dei processi decisionali e, in particolare, di quelle che si identificano con le teorie della decisione razionale²²: la decisione è scelta della soluzione migliore in assoluto e più vantaggiosa anche dal punto di vista economico²³.

Alle impostazioni che fondano la decisione razionale sul presupposto della infallibilità e dell'onniscienza del decisore sono da preferire, ai fini della applicazione ai processi decisionali

¹⁹ L. GULIK, *Notes on the theory of organisation*, in L. Gulik, L.F. Urwik, *Papers on the science of Administration*, New York, 1937; F.C. MOSCHER S. CIMMINO, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1959.

²⁰ A. LA SPINA, E. ESPA, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, Bologna, 2011, 19.

²¹ La policy si concretizza in un'attività posta in essere da un soggetto provvisto di potere pubblico e di legittimazione che viene elaborata per rispondere a una domanda sociale o per prevenire una domanda sociale, che si dipana lungo una serie di fasi di cui quella iniziale è rappresentata dalla formulazione della soluzione del problema posto dalla domanda sociale così come emerge dalla aggregazione delle preferenze espresse dai soggetti che compongono il corpo sociale.

²² F.P. RAMSEY, *Truth and Probability*, in *The Foundations of Mathematics and Other Logical Essays*, London-New York, 1988, 193; B. DE FINETTI, *Teoria della probabilità*, Torino, 1970; J.L. SAVAGE, *The Foundations of Statistics*, New York, 1971; sulla teoria dei giochi J. VON NEUMANN O. MORGESTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944; D. LINDLEY, *Making Decisions*, London, 1971; J. ELSTER, *Ulysses and the Sirens. Study in Rationality and Irrationality*, Cambridge, 1979. In filosofia la decisione è una scelta, il "momento conclusivo della deliberazione nel quale si determina l'impegno verso una delle alternative possibili, composto da volontà e giudizio", N. ABBAGNANO, *Decisione*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1964, 205.

²³ F. RANIOLO, *La prospettiva della "policy analysis": il ciclo di vita delle politiche*, in *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, (a cura di) R. D'Amico, Milano, 2004, 406, il modello al quale questa teoria si ispira è "quello dell'homo economicus che tende a massimizzare la propria funzione di utilità. Più esattamente il modello razionale sinottico aspira alla massimizzazione delle preferenze dei decisori entro vincoli dati (ottimizzazione) e all'ampiezza e completezza delle informazioni necessarie (sinossi o comprensività)".

delle pubbliche amministrazioni, quelle che si fondano sulla teoria della razionalità limitata²⁴. Secondo questa impostazione il comportamento del soggetto che decide si caratterizza per il possedere alcuni elementi di incoerenza, l'uomo "non avendo la possibilità di massimizzare, ricerca una soluzione sufficientemente buona"²⁵. Tale scelta si può concretizzare anche senza la necessaria analisi di tutte le possibili alternative e senza doversi assicurare che queste realmente costituiscano le uniche opzioni possibili anche perché spesso l'esame di tutte le possibili soluzioni è reso difficoltoso dalla carenza di tempo (il tempo è risorsa scarsa). La scelta, quindi, sarà individuata non nella soluzione astrattamente migliore ma nella soluzione maggiormente soddisfacente il bisogno del decisore.

Anche secondo la teoria della razionalità limitata "ogni decisione determina la scelta di un fine ed un comportamento per esso rilevante e questo fine può, a sua volta, essere intermedio rispetto ad altro fine più lontano, fino a quando un obiettivo relativamente finale non sia raggiunto"²⁶. È di tutta evidenza che per la determinazione del fine, la programmazione sia fase imprescindibile in tale processo decisionale.

Il decisore razionale, quindi, opera la scelta sulla base dei valori e degli obiettivi prestabiliti, che soddisfano le proprie preferenze e dopo avere ottenuto le informazioni relative al problema da risolvere²⁷. In questo modo egli è in grado di formulare le possibili soluzioni alternative e di valutarne comparativamente le conseguenze in modo da poter adottare la decisione migliore sulla base di un ordine di priorità di valori e di obiettivi da perseguire. Il decisore, per operare in tal modo, deve conoscere di tutti i mezzi possibili per raggiungere gli obiettivi; valutare delle conseguenze di ciascun mezzo alternativo, con riferimento all'obiettivo perseguito; calcolare i costi di ciascuna opzione; scegliere il mezzo che assicura la massimizzazione dei benefici con il minore costo²⁸.

In questo contesto la programmazione/pianificazione, diviene metodo di azione ed è stato oggetto di studio da parte di una specifica disciplina, la "planologia", che si occupa della definizione e dell'elaborazione delle tecniche e degli strumenti di programmazione con un approccio multidisciplinare²⁹.

²⁴ H.A. SIMON, *Administrative Behavior*, New York, 1957, II ed., trad. it. a cura di S. Cimmino, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1979, pp. 43 e ss.

²⁵ H.A. SIMON, *Administrative behavior*, cit., 24.

²⁶ H.A. SIMON, *Administrative behavior*, cit., 47.

²⁷ L. GULIK, *Notes on the theory of organisation*, in L. Gulik, L.F. Urwik, *Papers on the science of Administration*, New York, 1937 il quale pone la pianificazione come fase necessaria del processo decisionale (Planning Organizing, Staffing, Directing, Coordinating, Reporting, Budgeting); F.C. MOSCHER S. CIMMINO, *Elementi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1959.

²⁸ F. RANIOLO, *La prospettiva della "policy analysis: politiche pubbliche e policy making*, in R. D'Amico (a cura di) *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi. Vol. II. Prospettive di analisi per le amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012.

²⁹ J. M. DE CASSERES, (1937) *Principles of planology*, in *Town Planning Review*, 2, 104; F. ARCHIBUGI, *Introduzione alla pianificazione strategica in ambito pubblico*, Roma, 2002.

Tale processo di decisione caratterizza anche il modo di operare delle pubbliche amministrazioni che per definizione si devono annoverare fra i decisori razionali.

3. Il ruolo della programmazione nella azione amministrativa

3.1. Ogni discorso che riguarda l'attività amministrativa come processo decisionale razionale non può prescindere dalla considerazione che la razionalità, declinata come ragionevolezza e logicità ha costituito da sempre l'antidoto contro il dispotismo e contro l'arbitrio del potere pubbliche. È stato chiarito, infatti, che con il principio di legalità, la razionalità esce dalla "filosofia dello Stato" per entrare nel diritto positivo e, in particolare, nel diritto amministrativo³⁰. La razionalità dell'agire della pubblica amministrazione è divenuta poi dovere costituzionale tramite il principio del buon andamento.

Dalla classificazione della attività sugli stadi logici nei quali si concretizza, emerge che la fase della programmazione/progettazione (solitamente spettante agli organi di indirizzo) è indispensabile in qualunque caso e che questa è propedeutica alla realizzazione, alla esecuzione e alla valutazione dei risultati³¹. Si può considerare tale classificazione come la traduzione in termini giuridici di quanto è emerso dagli studi di scienza dell'amministrazione.

L'aspetto più interessante del rapporto fra programmazione e decisione è quello legato all'indagine sugli effetti giuridici dell'attività programmatica sulla successiva azione amministrativa. Di regola, l'attività programmatica si svolge in quella fase intermedia che si colloca fra il disporre e il provvedere, laddove vengono adottati gli indirizzi generali dell'azione amministrativa, anche se la programmazione, come si vedrà, consiste in qualche cosa di più del semplice indirizzo generale.

Sempre più frequentemente accade che siano le norme a devolvere alla fase programmatica il compimento di scelte fondamentali che inevitabilmente condizionano, in alcuni casi conformandole, le successive attività delle pubbliche amministrazioni.

La fase programmatica si estrinseca in attività che non si possono considerare meramente interne al procedimento di formazione della decisione finale (aspetto messo in evidenza da A.M. Sandulli)³². Il programma non è atto endoprocedimentale ma è atto presupposto esterno delle decisioni.

³⁰ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità. Una convivenza necessaria ma cangiante*, in *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna 2012, 63.

³¹ F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 79.

³² A.M. SANDULLI, *Appunti per un studio dei piani regolatori*, ora in *Scritti giuridici*, vol. VI, *Diritto urbanistico*, Napoli, 1990, 155. il quale, a proposito della pianificazione territoriale di coordinamento, affermava gli atti di pianificazione sono provvedimenti e non di atti interni che anche se destinati ad amministrazioni: hanno il duplice effetto di creare vincoli alla proprietà privata e di creare oneri in capo alla pubblica amministrazione che si deve conformare alle prescrizioni pianificatorie. Inoltre, essendo atti che non esauriscono la loro efficacia all'interno dell'ordinamento dell'amministrazione in quanto hanno di mira la cura di interessi collettivi, deriva che anche i privati possano farne

Il problema è chiarire quanto della scelta di merito delle pubbliche amministrazioni venga anticipato nella fase della programmazione e quanto, invece, venga lasciato al successivo procedimento amministrativo e ai puntuali atti amministrativi esecutivi di programmi.

3.2. Prima però di affrontare tali problemi, occorre definire il quadro di contorno nel quale si cala l'attività di programmazione come presupposto di decisioni, senza peraltro dimenticare che la programmazione non solo è rilevante nella teoria dell'azione ma anche in quella della organizzazione amministrativa. Il concetto di programmazione strategica viene utilizzato, infatti, anche per indicare una nuova relazione organizzativa in grado di superare o meglio integrare la tradizionale "direzione" per configurare il rapporto tra politica e amministrazione, tra organi di governo e dirigenti³³.

L'attività di programmazione/pianificazione e gli atti che ne sono espressione possono essere manifestazioni di esercizio di poteri differenti rispetto a quelli di cui sono espressione le decisioni puntuali conseguenti alla programmazione. E ciò, come è stato chiarito da Guarino³⁴ che pone il tema della complessità della realtà amministrativa nonché della complessità della gestione del "problema amministrativo", per dirla come Ledda. Infatti, la cura dell'interesse pubblico non avviene più secondo una sequenza lineare che si snoda lungo un singolo iter procedimentale ma passa sempre più spesso attraverso una pluralità di azioni, poste in essere da soggetti differenti, che concorrono a realizzare un disegno unitario rispetto al fine³⁵.

Il ruolo della programmazione nel processo decisionale può valutarsi nella prospettiva della operazione amministrativa³⁶. In questo senso significativo è quel filone dottrinale che considera l'attività amministrativa sia come attività rivolta a "fare l'atto" sia come insieme di atti individuato dal riferimento all'obiettivo³⁷. Questa prospettiva segna il passaggio dalla teoria del provvedimento a quella della decisione amministrativa, laddove, procedimento e provvedimento finale sono passaggi, fondamentali, della risoluzione del problema amministrativo.

valere, tanto in sede amministrativa quanto in sede giurisdizionale, l'eventuale trasgressione a opera delle autorità preposte alla pianificazione comunale.

³³ M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2001. Si veda anche R. LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003, in particolare 166 e ss.

³⁴ G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 193.

³⁵ L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

³⁶ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, 2004, 7. Si parla di razionalità operativa della amministrazione. Peraltro, l'amministrazione deve volere il "risultato" ed è su ciò che deve informare la propria azione. Ma l'Autore rileva che questa necessità della predeterminazione del risultato ai fini della concreta valutabilità dell'azione umana in relazione ad esso è un'esigenza egualmente immanente ad ogni ramo dell'ordinamento.

³⁷ Dalla teoria del provvedimento a quella della decisione, si veda F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, in *Atti del XXX Convegno degli studi Varenna 1984*, Milano, 1987; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

L'attenzione si sposta, dunque, dal singolo procedimento amministrativo alla complessa attività amministrativa necessaria per raggiungere un risultato concreto³⁸ nel rispetto del principio di legalità³⁹ e di legittimità dell'azione amministrativa fermo restando che “nel tradizionale conflitto libertà-autorità vi è una funzione distributiva”, ossia l'attività amministrativa comporta la distribuzione di pesi e vantaggi essendo limitate le risorse disponibili⁴⁰.

La tensione verso il raggiungimento del risultato migliore significa tensione verso la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico e l'interesse pubblico è inscindibilmente legato al soddisfacimento dei bisogni della collettività.

Da questo punto di vista, è innegabile il ruolo della programmazione che parte proprio dalla analisi dei bisogni della collettività per impostare nel modo migliore possibile l'attività amministrativa al fine di soddisfare l'interesse pubblico.

3.3. Se questa è la prospettiva, è utile al nostro discorso anche scindere concettualmente il provvedimento dalla decisione: la decisione, infatti, può avvenire prima del provvedimento⁴¹ è ciò è funzionale alla affermazione della possibilità di anticipazione delle decisioni nella fase programmatoria⁴².

Sotto questo profilo emerge il tema della gradualità del processo decisionale amministrativo⁴³. I vari gradi di tale processo sono tutti necessari e spesso è difficile accertare in modo univoco lo stadio in cui si è effettivamente deciso, anche perché la decisione finale può essere il frutto di decisioni parziali via via più puntuali. In tal senso, si è parlato di tracciare la storia della decisione⁴⁴ che spesso parte proprio dalla fase di programmazione degli obiettivi e si estrinseca da una parte nella individuazione di una scala di valori e di finalità da raggiungere e dall'altra di una scala di preferenze tra fini alternativi e mezzi, quindi, risorse per raggiungere tali fini⁴⁵.

³⁸ F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit. 84; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; L. IANNOZZI, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 1. Sulle innovative declinazioni del concetto di funzione amministrativa si vedano L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; M.R. SPASIANO, *La funzione amministrativa. Dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2014, 297.

³⁹ M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in M. IMMORDINO – A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit. 230, afferma che “non si può parlare di risultati (garanzia di risultati, responsabilità dei risultati) se non si hanno e non si danno degli obiettivi chiari e definiti, di cui sia possibile non solo agli operatori e agli interlocutori, ma anche alla collettività, verificare l'effettivo perseguimento in un quadro di certezza delle “regole del gioco” e di trasparenza della loro applicazione e attuazione”.

⁴⁰ S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, 78.

⁴¹ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), Rimini, 1987, 786.

⁴² A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 119.

⁴³ F.G. COCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

⁴⁴ F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 152.

⁴⁵ Si veda A. POLICE, *La predeterminazione*, cit. 106.

In questo processo la legge sembra nel corso degli anni assumere un ruolo sempre meno incisivo. Fino agli anni '70 del secolo scorso alla legge veniva assegnato un ruolo condizionante nella determinazione degli indirizzi, quasi come guida dall'alto dell'economia del Paese, alla programmazione, pur non escludendosi una attività di pianificazione che si manifestava in atti di piano non legislativi. La legge determinava attraverso le sue disposizioni il tipo di programma, le sue finalità e fissava i suoi criteri di attuazione, gli organi e i poteri degli organi di attuazione con ciò configurando una qualche limitazione del potere discrezionale della pubblica amministrazione in materia di programmi e controlli per un intero settore dell'attività economica⁴⁶. Successivamente, e la tendenza è ancora attuale, si è ridotto il contenuto della legge alla posizione di obiettivi e di regole procedurali per la formazione della programmazione e alla indicazione, al più, di strumenti e misure attuative rinviando ai procedimenti di piano il compito di porre le proposizioni precettive espressive di scelte di merito, facendo caricare di funzioni eterogenee l'atto di programmazione con elementi di scelta politica e con quelli più strettamente prescrittivi o di pianificazione⁴⁷.

Comunque, all'atto di programmazione spetta la fissazione di una scala di priorità e la individuazione e una prima ponderazione degli interessi in gioco⁴⁸.

In tal modo, l'atto prefigurante diviene presupposto indefettibile della successiva azione e tale fenomeno non è assimilabile a quello della predeterminazione dei parametri attraverso i quali la pubblica amministrazione adotterà le decisioni, poiché il primo è espressione di un potere esercitato su un piano diverso logicamente e cronologicamente anteriore rispetto a quello attribuito per la cura quotidiana dell'interesse pubblico.

4. La funzione di programmazione e le sue manifestazione fra programmi e piani

4.1. Evidenziata la funzione ordinante e prefigurativa di scelte successive della programmazione occorre connotare giuridicamente in maniera più specifica tale attività, consci che è concetto complesso e polisenso⁴⁹.

Se le attività di programmazione e di pianificazione posseggono le medesime caratteristiche più complessa è l'operazione di scindere in categorie ben definite gli atti manifestazione di tali

⁴⁶ V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, 904. Si trattava di una programmazione indicativa in cui la legge prevedeva un insieme di linee guida verso obiettivi predeterminati perseguiti da governi con misure incentivanti, senza vincolo di obbligatorietà per i privati.

⁴⁷ S. AMOROSINO, *I procedimenti di programmazione*, cit., 26.

⁴⁸ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 174; si veda anche F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 1376.

⁴⁹ R. FERRARA, *La programmazione "negoziata" fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429. P. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 462, rileva che per la cura di interessi pubblici il legislatore prevede un duplice livello di intervento: quello della pianificazione finalizzato a escludere che i provvedimenti puntuali siano adottati in maniera casuale, arbitraria e senza una chiara visione complessiva; il piano dell'adozione dei provvedimenti puntuali adottati in conformità alle scelte pianificatorie.

funzioni anche perché spesso la normativa utilizza i termini di programmazione e di pianificazione promiscuamente, ingenerando una certa confusione⁵⁰.

Con riferimento alla politica economica, il termine programmazione era riferito ai sistemi economici liberisti-occidentali mentre quello di pianificazione ai sistemi economici di tipo collettivistico. Ma questa differenziazione, oltre a non essere più attuale, evidentemente non può avere una valenza generale e al più può suggerire che la programmazione sia meno rigida della pianificazione.

Laddove la differenziazione è veramente ardua da individuare è nell'ambito della disciplina sul pubblico impiego allorché si tratta di differenziare le funzioni di indirizzo da quelle di gestione⁵¹.

Così come programmi e piani non si distinguono nettamente nella normativa sulla tutela e difesa del suolo. Forse solo nel diritto urbanistico la distinzione fra piani e programmi è veramente netta: il piano si limita a disegnare le funzioni del territorio mentre il programma ha un contenuto più complesso, non limitato esclusivamente agli aspetti di definizione funzionale di porzioni di territorio (si pensi ai programmi complessi e a quelli di rigenerazione urbana ove vengono in rilievo anche obiettivi inerenti il recupero e la riabilitazione territoriale in situazioni di degrado economico e sociale).

In questa sede non si vuole tentare la complessa opera di individuare i tratti distintivi tra piani e programmi e si concorda, peraltro, con quella dottrina che ritiene la controversia lessicale sui termini piano e programma non determinante per delineare i caratteri fondamentali della funzione⁵².

La programmazione non è solo espressione della mera funzione di indirizzo⁵³, poiché si esplica in un indirizzo assistito da misure di coordinamento e controllo che non possono non essere vincolanti. Inoltre, se la programmazione con l'indirizzo ha in comune la determinazione

⁵⁰ Sul regime giuridico di piani e programmi si veda anche G. DELLA CANANEA, *Atti amministrativi generali*, Padova, 2000, il quale individua come comune regime giuridico quello della dispensa dall'obbligo di partecipazione procedimentale, la dispensa dall'obbligo di motivazione e da quello di pubblicazione.

⁵¹ Si veda M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica*, cit. 130.

⁵² A. PREDIERI, *Pianificazione*, cit. 97, il quale non crede alla differenziazione fra i due termini pianificazione e programmazione, al più ritiene che si possa parlare di differenziazione fra economia pianificata e programmata; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 268 rileva che proprio in Costituzione i termini vengano utilizzati come sinonimi. Anche M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1983, 630, ritiene che non sia possibile trarre una distinzione razionale fra i due termini. Più recentemente G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 746, considera piani e programmi, termini da ritenersi equivalenti, essendo utilizzato in maniera scambievolmente dalla legislazione, di solito i piani si concretizzano, sotto il profilo della natura giuridica in atto normativo o a contenuto generale (quando addirittura non hanno contenuto misto, in parte normativo in parte generale). Tuttavia, non sono da escludersi piani che hanno effetto solo sul piano politico e altri aventi effetti provvedimenti. L'Autore rileva che dalle molteplici norme che prevedono piani e programmi si ricava che il legislatore della legge n.241/1990 ha voluto indicare un tipo di procedimento volto alla elaborazione di piani e programmi, ossia di misure coordinate e proiettate nel tempo di interventi pubblici e/o privati in un determinato settore o in determinate aree geografiche, in genere accompagnate da misure preceptive, da agevolazioni, da obiettivi, da limiti temporali e talvolta di ripartizione di risorse economiche.

⁵³ M. CARABBA, *Programmazione*, cit. 37.

dei fini, la prima si caratterizza per la predisposizione di mezzi finanziari, materiali, e giuridici ritenuti opportuni per raggiungere gli obiettivi prefissati che non è necessariamente presente nell'indirizzo.

Nella sostanza si può affermare che la programmazione e la pianificazione contengono l'indirizzo, cioè la linea guida verso obiettivi predeterminati, ma non si esauriscono in esso.

Più specificamente, l'attività di pianificazione e programmazione deve essere inquadrata fra i procedimenti precettivi o prescrittivi volti a definire obiettivi, modi, mezzi, tempi dell'attività amministrativa⁵⁴. Ancor più specificamente i piani e i programmi appartengono, nell'ambito di questa categoria, ai provvedimenti generali e, in particolare, alla *species* degli atti conformativi di interessi, anche se talvolta hanno contenuti che attengono alla organizzazione di funzioni amministrative, strumentali alla loro attuazione⁵⁵.

Occorre però rilevare che le difficoltà sono notevoli nell'individuare lo specifico regime giuridico di tali atti che, rientrando nella categoria degli atti generali, essendo espressione di una funzione non identificabile nel mero indirizzo, può possedere, anche simultaneamente, contenuti differenti che vanno dalla previsione generale alla prescrizione puntuale.

4.2. Sono troppe però le differenze tra le varie tipologie di programmi e piani perché in questa sede si ci possa spingere oltre.

Un criterio di differenziazione può essere riferito alla diversità di "scala" della programmazione/pianificazione: si parte da una pianificazione globale (come la pianificazione economica sovietica, i famosi piani quinquennali); per giungere a una macro pianificazione (come la programmazione di bilancio come componente essenziale della politica economica)⁵⁶, a una programmazione per obiettivi o piani di settore; fino ad arrivare a una programmazione per "progetti", consistente in un processo decisionale funzionale alla predisposizione di strumenti di selezione e valutazione delle priorità di progetti di investimento pubblico settoriale o intersettoriale sulla base di analisi di costi benefici (come nella programmazione dei fondi strutturali europei).

Ovviamente, al di là della scala gli strumenti giuridici della programmazione variano quanto al contenuto, al grado di generalità, alla qualità dei destinatari, alla forma e alla forza giuridica, cioè alla forza dell'atto con cui sono espressi⁵⁷.

⁵⁴M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, 615.

⁵⁵ S. AMOROSINO, *Leggi e programmazioni amministrative: diversità funzionale, riserva di amministrazione e reciproche "invasioni di campo"*, in *Dir. amm.*, 2006, 229. A.M. SANDULLI (*Manuale*, 587) afferma che gli atti di pianificazione e programmazione imperativa (economica, urbanistica e sanitaria) assumono di volta in volta forma diversa e possono contenere statuizioni di comando, di coordinamento, di delimitazione, direttive.

⁵⁶ S. AMOROSINO, *I procedimenti*, cit., *passim* secondo il quale tramontate le illusioni delle programmazioni globali il luogo unificante e cogente delle scelte di politica economica è la programmazione finanziaria e di bilancio.

⁵⁷ M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1984, 838.

La caratteristica comune è che per la loro funzione si pongono come antecedenti di decisioni amministrative e con forza variabile condizionano l'azione dei pubblici poteri.

Proprio nelle programmazioni settoriali, più che in quelle macro che sono spesso espressione della sola funzione di indirizzo, è ben individuabile la complessità della funzione programmatoria come descritta in precedenza.

Ai fini della nostra indagine sono di interesse soprattutto le tipologie di programmazione per obiettivi e progetti. In alcuni casi, sono proprio le norme, come si vedrà, ad attribuire a esse una efficacia cogente, qualificando le programmazioni come presupposto per lo svolgimento della successiva attività.

All'interno di tale categoria si possono distinguere programmazioni interne, ossia riguardanti l'organizzazione e il personale delle amministrazioni e programmazioni esterne che riguardano lo svolgimento di funzioni attive delle amministrazioni.

4.3. Nella congerie di definizioni e distinzioni in questo campo rileva quella fra programmazioni di scopo e programmazioni condizionali⁵⁸. Tale differenziazione consente di soffermarsi sul rapporto fra le programmazioni in campo economico e le regolazioni settoriali espressione di programmazione condizionale.

Il rapporto fra queste due modalità di intervento del pubblico potere nell'economica è stato impostato spesso in termini di netta contrapposizione ma, a dire il vero, se ne può dare una lettura meno conflittuale⁵⁹.

Chiaramente non è questa la sede per affrontare in maniera approfondita tale problema ma sul punto si può osservare che appartiene alla regolazione ogni misura che presupponga la spontaneità dei processi economici e si proponga di orientarne indirettamente e dall'esterno il corso, in vista di finalità di interesse generale e alla programmazione ogni misura che stabilisca o presupponga un fine di interesse generale da realizzare, prestabilisca le condizioni necessarie affinché quel fine sia realizzato e si proponga di conformare direttamente i processi economici alle condizioni ipotizzate⁶⁰.

⁵⁸ N. LUHMANN, *Stato, diritto e sistema sociale*, cit. 146; M. CARABBA, *op. cit.*, 37, Sul punto si veda L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 58.

⁵⁹ Il tema è stato affrontato anche da N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna 2007.

⁶⁰ M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.* 2008, 157, che rileva che anche la Corte costituzionale nelle decisioni in materia di intervento dello Stato nell'economia non ha mai chiaramente distinto tra regolazione e pianificazione. E tale confusione ha avuto effetti negativi favorendo spesso interpretazioni proconcorrenziali di interventi che al contrario avevano intenti protezionistici. La confusione tra queste due categorie, anche ingenerata dalla giurisprudenza della Corte, ha avuto l'effetto, per esempio, di piegare a finalità nascostamente pianificatorie le regolazioni dei servizi liberalizzati (v. Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3502) oppure di distinguere la funzione regolatoria da quella antitrust. La giurisprudenza della Corte costituzionale ha sempre espresso l'esigenza che i processi di mercato non siano lasciati a loro stessi, perché il rischio per le società e per il loro stesso sistema sarebbe troppo elevato, ma tale interpretazione viene criticata allorché la Corte non prende in considerazione che questo rischio può essere governato in maniere del

Si ritiene generalmente che la programmazione in campo economico si contrapponga nettamente al principio della libera concorrenza, e proprio l'evoluzione degli ordinamenti sovranazionali e globali, avrebbe comportato l'inattualità del concetto di programmazione.

Ma la contrapposizione non è affatto netta, anche perché l'art. 41 della Costituzione non contiene né alcun giudizio di preferenza tra questi due metodi di intervento nell'economia né alcun criterio di scelta fra queste due modalità per risolvere i problemi di intervento⁶¹.

Gli strumenti di governo dell'economia convivono nell'ordinamento e l'uno prevale sull'altro non in senso assoluto ma a seconda degli ambiti operativi di intervento della pubblica amministrazione. Vi sono, infatti, settori della vita amministrativa che esigono programmazione, ossia azioni coordinate previa fissazione di una adeguata strategia, come nella materia di finanza pubblica, in quella ambientale, in quella delle opere pubbliche, dei servizi sanitari e sociali e dei trasporti, nonché in tutto l'ambito riguardante lo sviluppo del territorio, mentre vi sono ambiti in cui sono preponderanti i principi di liberalizzazione e non vi è, dunque, programmazione ma fissazione di standards, spesso tecnici, che rovesciano il rapporto *top down* tipico della programmazione a favore di un approccio caso per caso e *bottom up*.

La regolazione attraverso la fissazione di standard non può considerarsi vera programmazione, poiché laddove non c'è disegno prefigurativo di azione pubblica per la realizzazione di obiettivo non c'è programmazione/pianificazione.

Alla luce di ciò, può ben sostenersi che in un'epoca di libera concorrenza la pianificazione/programmazione è ancora vitale in molti ambiti dell'attività amministrativa ma a questa si affianca, e non si contrappone, la regolazione condizionale.

4.4. Vi sono anche forme di programmazione che si esprimono attraverso atti diversi dai piani e programmi autoritativi "tradizionali" quali le forme negoziate di programmazione (si veda la legge 23 dicembre 1996, n. 662) che si sono affermate nella seconda metà degli anni '90 del secolo scorso⁶². Tali forme di programmazione, rese necessarie dalla eccessiva frammentazione delle competenze amministrative, consentono un adeguato coordinamento fra le amministrazioni al fine di prevedere l'utilizzo razionale delle risorse economiche per investimenti produttivi nelle aree prese in considerazione. Il legislatore ha così disciplinato strumenti convenzionali che

tutto differenti (regolazione e pianificazione) e le differenze fra i due modelli dovrebbero orientare la scelta del legislatore e che sulla loro base la scelta del legislatore dovrebbe essere suscettibile di un bilanciamento da parte della Corte in applicazione dell'art. 41..

⁶¹ M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, relazione al convegno AIPDA, *Analisi economica e diritto amministrativo*, Venezia, 2006; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, il quale inquadrando il problema con riferimento alla funzione economica della pianificazione e della regolazione accosta queste due attività affermando che entrambe servono per prevenire o correggere i fallimenti del mercato che sarebbero generati dallo svolgimento libero e illimitato di attività private. Viene, inoltre, posta in evidenza sul piano degli effetti sia la funzione redistributiva e l'efficienza allocativa delle pianificazioni o delle regolazioni.

⁶² A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000.

prevedono una cooperazione tra amministrazioni centrali ed enti locali per programmare gli interventi da realizzare in conformità al nuovo assetto autonomistico dei poteri pubblici.

Si possono individuare due forme di programmazione negoziata: quella fra soggetti pubblici, che si sostanzia nel coinvolgimento da parte dell'amministrazione decidente di altre amministrazioni nel momento in cui vengono elaborate le scelte strategiche (si pensi alle intese istituzionali di programma o agli accordi di programma quadro) e quella che prevede la partecipazione dei privati nel momento decisionale della predisposizione delle scelte programmatorie (si pensi ai patti territoriali o ai contratti d'area)⁶³.

Questi istituti non sono paragonabili ai moduli di azione convenzionali previsti dalla legge n.241/1990, come la conferenza di servizi e l'accordo di programma. Infatti, mentre questi ultimi moduli hanno come obiettivo l'esercizio contestuale dei poteri provvedimentali da parte delle amministrazioni coinvolte per la realizzazione di un singolo intervento, gli istituti citati si pongono a un livello superiore nel processo decisionale. In sostanza, conferenze di servizi e accordi di programma sono strumenti di attuazione dei programmi e non strumenti di programmazione.

Per esempio l'intesa istituzionale di programma è l'accordo tra amministrazione centrale e regioni in virtù del quale i soggetti coinvolti si impegnano a collaborare, sulla base di una ricognizione programmatica delle risorse finanziarie disponibili, dei soggetti interessati e delle procedure amministrative occorrenti, per la realizzazione di un piano pluriennale d'interventi d'interesse comune. L'accordo di programma quadro, poi, in attuazione di una intesa istituzionale di programma, indica le attività e gli interventi da porre in essere, con i relativi tempi e le modalità di attuazione; i soggetti responsabili dell'attuazione delle singole attività ed interventi; gli eventuali accordi di programma e le conferenze di servizi necessarie. Preme evidenziare, infine, che queste forme di programmazione, per espressa previsione legislativa, hanno forza vincolate per cui conformano ampiamente le successive scelte esecutive delle amministrazioni.

5. La indefettibilità della programmazione interna alle pubbliche amministrazioni

5.1. Venendo all'esame della normativa in alcuni importanti settori della attività amministrativa nei quali la programmazione svolge un ruolo di presupposto indefettibile per le successive scelte innanzitutto si devono esaminare quelle riguardanti la c.d. programmazione interna ed in particolare le norme in materia di programmazione strategica e di personale. Si vedrà che queste assumono espressamente valore precettivo visto che dalla violazione dei programmi sono connesse importanti sanzioni per i dirigenti pubblici.

La programmazione strategica, con riferimento alle amministrazioni statali, viene in rilievo

⁶³ R. FERRARA, *La programmazione negoziata*, cit., 437.

con la direttiva annuale del Ministro (art. 8 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286) che costituisce il documento base per la programmazione e la definizione degli obiettivi delle unità dirigenziali di primo livello. Tale direttiva, chiaramente indirizzata ai dirigenti apicali, programma per obiettivi le misure che concretamente, in attuazione del programma politico, i singoli apparati amministrativi devono realizzare. Essa, quale atto programmatico di attuazione delle scelte politiche, diviene parametro per la valutazione della *performance* dei dirigenti (art.9, comma 1 *bis*, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150). L'inerzia nell'attuazione della direttiva generale o la sua grave inosservanza comporta la messa in mora del dirigente da parte del ministro ovvero, previa contestazione, la nomina di un commissario ad acta. La grave inosservanza della direttiva, fermo restando le ipotesi di responsabilità disciplinare, può comportare l'impossibilità del rinnovo del contratto fino ad arrivare alla revoca dell'incarico.

Nell'ambito dell'attività di programmazione strategica acquista un ruolo fondamentale la fase del controllo che si esplica in quello di gestione e in quello strategico⁶⁴. Si tratta di tipologie di controllo che mirano a verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa per ottimizzare, anche con interventi correttivi, il rapporto costo risultato (controllo di gestione) e che consistono nell'analisi preventiva e successiva della congruenza ovvero degli eventuali scostamenti rispetto alle missioni affidate dalle norme, agli obiettivi fissati, alle scelte effettuate, alle risorse impiegate nonché nella identificazione degli eventuali fattori ostativi alla attuazione degli obiettivi e dei possibili rimedi (controllo strategico).

Nella sostanza il controllo consente di porre in essere azioni correttive anche con riferimento alla attività programmatoria dopo averne constatato le problematiche.

5.2. Ancora più esplicita è la forza vincolante della programmazione strategica per gli enti locali. Infatti, per gli enti locali, ai sensi dell'art. 170 Tuel, viene in rilievo il documento unico di programmazione. Tale norma prevede che questo atto di programmazione sia presupposto necessario di tutti gli altri documenti di programmazione⁶⁵ e in particolare atto presupposto indispensabile per l'approvazione del bilancio di previsione. A ciò si aggiunge che nei regolamenti di contabilità dei singoli enti sono previsti i casi di inammissibilità e di improcedibilità per le deliberazioni del Consiglio e della Giunta che non sono coerenti con le previsioni del Documento unico di programmazione.

⁶⁴ Si veda P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

⁶⁵ Il DUP è una delle principali novità del D. lgs. n. 118 del 22 giugno 2011 recante "Disposizioni in materia di armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli enti locali e dei loro organismi..." così come integrato e corretto dal Decreto Legislativo 10 agosto 2014 n. 126, i quali riscrivono completamente l'art. 170 del TUEL (D.lgs. 267/2000). La differenza più marcata e sostanziale con la Relazione Previsionale e Programmatica (RPP) è che quest'ultima costituiva un allegato al bilancio di previsione così come il bilancio pluriennale; il DUP costituisce un documento a sé stante, approvato a monte del bilancio previsionale e presupposto per la redazione del bilancio stesso, entrambi questi documenti hanno come riferimento un orizzonte temporale almeno triennale.

Tale atto unifica e coordina le informazioni, le analisi, gli indirizzi della programmazione, consentendo un ciclo complessivo e integrato di dialogo permanente tra indirizzi di gestione e gestione stessa. La peculiarità di questo documento è che può contenere, nella sua sezione operativa, l'esplicitazione delle motivazioni delle scelte programmatiche effettuate dall'amministrazione dei singoli programmi da realizzare e dei relativi obiettivi nonché la programmazione dettagliata nell'arco temporale di riferimento. Al DUP si ricorre per programmare le opere pubbliche, la programmazione fabbisogno del personale, il piano delle alienazioni e le valorizzazioni dei beni patrimoniali.

Con l'adozione di questo atto si sono correlati una serie di documenti che andavano ad appesantire in modo significativo l'azione programmatica dell'ente pubblico, individuando una sorta di filiera programmatica.

5.3. In materia di personale, l'art. 6 del d.lgs. 165/2001 prevede che le amministrazioni pubbliche adottino il piano triennale dei fabbisogni, in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance. Il piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente". Alla violazione delle norme in materia di programmazione del fabbisogno del personale conseguono sanzioni rilevanti ossia l'impossibilità di assumere nuovo personale pubblico, la nullità dei contratti di lavoro posti in essere in violazione di tali regole e la conseguente responsabilità erariale (art. 6, comma 6; art. 36, comma 5).

Come accennato, la violazione della programmazione è valutabile con riferimento alle performance individuali e alla responsabilità dirigenziale.

In tal senso, è esplicito, anche, il testo unico sugli enti locali. L'art. 91 del Tuel prevede che "Gli enti locali adeguano i propri ordinamenti ai principi di funzionalità e di ottimizzazione delle risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio. Gli organi di vertice delle amministrazioni locali sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno di personale".

5.4. Al principio della programmazione delle assunzioni non sfuggono le amministrazioni universitarie. In tale settore viene in rilievo il d.lgs. 29 marzo 2012, n. 9 il quale, innanzitutto, prevede l'adozione del piano economico-finanziario triennale, al fine di garantire la sostenibilità di tutte le attività dell'ateneo e, in coerenza con esso, la predisposizione del bilancio unico di ateneo che tiene conto appunto dei documenti di programmazione triennale.

Con specifico riferimento al personale (art. 4), le università predispongono piani triennali per la programmazione del reclutamento del personale.

Anche in questo caso alla violazione dei criteri in materia di assunzioni, compresa la violazione delle norme in materia di programmazione, corrispondono sanzioni piuttosto rilevanti. Ai sensi dell'art. 7, comma 5, le procedure di assunzione avviate in violazione dei parametri indicati anche dalla programmazione determinano responsabilità per danno erariale dei componenti degli organi dell'ateneo che le hanno disposte e comportano penalizzazioni nelle assegnazioni del fondo di finanziamento ordinario da corrispondere all'ateneo nell'anno successivo a quelle in cui si verificano⁶⁶.

5.5. La programmazione, poi, riguarda anche la misurazione dell'attività svolta dal personale delle pubbliche amministrazioni.

In questo ambito viene in rilievo il piano della *performance* la cui mancata adozione impedisce l'erogazione della retribuzione di risultato ai dirigenti che risultano avere concorso a tale inadempimento e preclude alle amministrazioni di procedere ad assunzioni di personale o al conferimento di incarichi di consulenza o di collaborazione comunque denominati. In ordine a tale inadempimento vengono sanzionati anche gli organi di indirizzo che sono responsabili (per danno erariale) della erogazione dei trattamenti di premialità nell'ipotesi in cui abbiano concorso alla mancata adozione del piano (art. 10 d.lgs. 150/2009).

6. La forza cogente della programmazione esterna

6.1. La forza cogente della programmazione/pianificazione riguarda anche le attività esterne della amministrazione.

⁶⁶ L'importanza della programmazione nel settore universitario è oggetto di dibattito proprio in questi giorni. Infatti, il documento dell'ANAC concernente l'aggiornamento del piano nazionale anticorruzione, attualmente in consultazione, nella sezione dedicata alle università rileva che un fattore di rischio che può esporre gli atenei a pressioni indebite e a decisioni non correttamente ponderate e adeguate rispetto all'effettivo fabbisogno si riscontra laddove sia assente o non venga predisposta un'adeguata programmazione dei reclutamenti, sia a livello di ateneo che di dipartimento. Le azioni indicate dall'ANAC, per assicurare una corretta nonché efficace programmazione si sostanziano nel garantire il concorso di tutte le componenti dell'università alla definizione degli atti di programmazione; l'introduzione di criteri oggettivi e comuni a tutte le università che tengano conto, ad esempio, del numero di professori già presenti nei dipartimenti; unire le esigenze di natura didattica e di ricerca del dipartimento con quelle di merito dei possibili singoli candidati all'upgrade; adottare un sistema più aperto alle procedure di reclutamento dall'esterno; rendere trasparenti i processi decisionali e le motivazioni delle scelte effettuate, anche facendo conoscere le ragioni della mancata attivazione di alcuni insegnamenti; assicurare la massima conoscibilità di tutti gli atti di programmazione. Di interesse, è il legame che l'ANAC instaura fra la programmazione e possibili indebite ingerenze che poi possono sfociare in malaffare. La programmazione, quindi, non solo come strumento di buona amministrazione ma anche di lotta alla corruzione. Ulteriore profilo di interesse riguarda le misure indicate che vanno nella direzione della procedimentalizzazione della attività programmatiche e dell'applicazione di garanzie previste dalla legge 241/1990 per lo svolgimento dell'attività amministrativa come la partecipazione e la motivazione. Vale, inoltre, la pena rilevare che l'Anac ritiene indispensabile la programmazione anche con riferimento al settore dell'intero budget della ricerca, affinché sia possibile chiarire quali siano le grandi scelte strategiche tale settore. Per rendere più chiara la programmazione della destinazione dei fondi sia a livello nazionale, sia a livello di singolo ateneo si propone addirittura una cabina di regia unica presso la Presidenza del Consiglio. Siffatta cabina di regia politica dovrebbe comunque rispettare i capitoli destinati ai singoli Ministeri e le rispettive competenze, ma potrebbe avere compiti di indirizzo strategico sull'attività di ricerca del sistema Paese definendo, ad esempio, le principali destinazioni delle risorse pubbliche di finanziamento della ricerca in parte alla ricerca finalizzata e in parte alla ricerca *curiosity driven*. Si potrebbe valutare anche l'ipotesi che tale cabina di regia sia assistita, sul piano scientifico, da un *board* di elevato livello professionale che si avvalga di competenze internazionali.

Discorso complesso, che non è possibile affrontare compiutamente in questa sede, è quello della pianificazione urbanistica, della sua efficacia e del suo rapporto con la pianificazione territoriale. Il piano regolatore generale, quale atto di disegno razionale del territorio attraverso la determinazione della migliore destinazione di ciascuna porzione, è conformativo delle decisioni puntuali, a partire da quelle relative al rilascio di titoli abilitativi alla costruzione, ed è stato spesso considerato come atto presupposto di queste successive decisioni⁶⁷. Attraverso l'attività di pianificazione, poi, in vario modo viene conformata la proprietà privata e, di conseguenza, le decisioni amministrative conseguenti alla apposizione di tali vincoli che, come noto, possono essere di varia natura (espropriativi e conformativi).

Se questa è la forza dei piani regolatori si deve rilevare che la disciplina urbanistica è sempre più caratterizzata da elementi che sembrano minare alla base l'idoneità del piano regolatore comunale a svolgere compiutamente la propria funzione di previsione in termini certi di ciò che accadrà in futuro e, quindi, la sua forza vincolante⁶⁸. Si pensi al problema della perequazione urbanistica che consente la trasmigrazione di diritti edificatori (che decollano e atterrano), oppure alla sempre più diffusa differenziazione della pianificazione comunale tra piano strutturale e operativo o, ancora, alle varianti per progetti speciali.

Se si allarga l'orizzonte, poi, si può rilevare che la stessa pianificazione comunale è conformata da ulteriori atti pianificatori espressione di interessi differenti da quello squisitamente urbanistico come l'ambiente, il paesaggio e la difesa del suolo e spesso le pianificazioni relative a tali interessi sono considerate dal legislatore sovraordinate, e quindi, vincolanti per la pianificazione urbanistica comunale⁶⁹.

Si pensi al piano di bacino che ha natura di piano territoriale e urbanistico a carattere vincolante sia per i soggetti pubblici sia per quelli privati. E ancora alla pianificazione paesaggistica, che ha ridimensionato il ruolo della pianificazione di bacino e che, comunque, si sovrappone alla pianificazione urbanistica (anche se la prevalenza del piano paesaggistico su quello di bacino riguarda esclusivamente la valutazione dell'interesse paesaggistico, mentre per ciò che riguarda le misure relative all'incolumità fisica delle persone e la protezione delle popolazioni dal rischio prevale il piano di bacino).

⁶⁷ La regola per cui l'illegittimità della norma di piano è tempestivamente censurata quale atto presupposto contestualmente all'impugnativa dell'atto applicativo, titolo edilizio o suo diniego, vale sia per chi intende realizzare interventi di rilevanza edilizia sia per i vicini legittimati ad impugnare tali interventi (Tar Liguria, sez. I, 11/07/2007, n. 1376).

⁶⁸ Si veda P. URBANI, *Urbanistica solidale, Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011, 37.

⁶⁹ P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico, manuale breve*, Milano, 2016, 24. Si veda anche P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 51.

6.2. Altro settore in cui la programmazione esprime la sua forza vincolante è quello dei contratti pubblici. Ciò è confermato dall'art. 32, comma 1, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) secondo cui "le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti". La programmazione si colloca come atto autonomamente rilevante rispetto alla procedura di affidamento del contratto con valenza esterna; esso, pertanto, non è atto interno alla procedura di affidamento, ma suo presupposto imprescindibile⁷⁰. La ratio dell'attività di programmazione è quella di evitare che vengano realizzate opere o acquisizioni inutili o al di fuori delle linee programmatiche assunte per la soddisfazione dei bisogni della collettività⁷¹. Infatti, con l'attività di programmazione l'amministrazione si vincola alle proprie scelte e questo rappresenta una garanzia in ordine alla soddisfazione delle esigenze sociali e degli interessi pubblici ai quali l'amministrazione deve attendere⁷².

In una prima fase, l'amministrazione procede alla identificazione dei bisogni della collettività e alla individuazione dei lavori che ritiene funzionali al soddisfacimento degli stessi. In una seconda fase, elabora studi di fattibilità, sulla base delle valutazioni tecniche, finanziarie, economiche, sociali e giuridiche, ricorrendo a una discrezionalità di tipo tecnico per predisporre gli strumenti attuativi vincolati rispetto alla scelta effettuata.

Si prevede la possibilità di consentire la partecipazione ai soggetti privati già nella fase delle scelte sulle infrastrutture da realizzare. Infatti, gli operatori privati possono presentare proposte di intervento per opere già inserite nella programmazione triennale ovvero di farsi proponenti di interventi da inserire in tale elenco allorché si preveda la realizzazione delle stesse attraverso forme di partenariato pubblico privato.

Di sicuro rilievo è la prescrizione legislativa secondo la quale i programmi sono approvati nel rispetto degli ulteriori documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e con le norme che disciplinano la programmazione economico finanziaria degli enti locali. Il legislatore ha voluto raccordare la fase dell'adozione del programma (triennale per i lavori e biennale per i

⁷⁰ Questa specificazione in ordine alla natura giuridica dell'atto di programmazione delle opere pubbliche è stata operata dal Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, in *Riv. giur. ed.*, 2003, I, 475.

⁷¹ È stato rilevato dalla Corte costituzionale che l'art. 14 della l. n. 109 del 1994 non è in contrasto con gli art. 117, 118 e 119 Cost. nella parte in cui prevede che le amministrazioni aggiudicatrici devono approvare, anche nell'ambito di documenti programmatori già previsti dalla normativa vigente, il programma finanziario e tecnico dei lavori pubblici da eseguire nel triennio, indicando le finalità ed i tempi di realizzazione degli interventi secondo una valutazione dei costi e dei benefici, attribuendo priorità alla manutenzione ed al recupero del patrimonio pubblico ed al completamento delle opere già iniziate, in quanto la norma risponde all'esigenza di determinare le opere pubbliche che possono essere effettivamente e completamente realizzate, in base alle disponibilità finanziarie e secondo un ordine di priorità che si basa sulla valutazione dei costi e dei benefici (Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482, in *Riv. trim. app.*, 1995, 75).

⁷² Consiglio di Stato, sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7615, in *Foro amm. Cds*, 2004, 3195; si veda anche Anac, determinazione n. 5 del 6 novembre 2013.

servizi e le forniture) con la tempistica prevista per l'adozione del bilancio da parte della pubblica amministrazione.

Una volta individuati i lavori o gli interventi da realizzare, secondo le priorità prestabilite, la legge impone alle pubbliche amministrazioni di dare esecuzione al programma. Si può derogare al programma solo in casi eccezionali, ossia allorché interventi non previsti siano giustificati da eventi imprevedibili o calamitosi, da modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale. Si tratta, quindi, di casi tassativi previsti la cui sussistenza deve essere esternata nella delibera che approva il progetto preliminare dell'opera da realizzare⁷³.

Diversamente, la determinazione dell'amministrazione di aggiudicare un contratto per un'opera che non rispetti le priorità previste dal programma si configura illegittima. L'inserimento di un'opera nel programma costituisce la valutazione decisiva dell'amministrazione sull'utilità e fattibilità dell'opera e ne rende doverosa la realizzazione dal momento che l'approvazione del programma vincola la successiva attività amministrativa e comporta l'impegno delle risorse necessarie alla realizzazione dell'intervento programmato⁷⁴.

Il processo, nel caso della programmazione dei contratti pubblici, è piuttosto chiaro la decisione programmatica stabilisce priorità vincolanti nella realizzazione degli interventi ritenuti essenziali per il soddisfacimento degli interessi della collettività e ha un connotato di stabilità che è tipico di qualsiasi atto di programmazione. Ogni strategia ha la caratteristica della stabilità e della durevolezza e può essere modificata solo a seguito di eventi eccezionali e non prevedibili al momento della elaborazione della strategia ovvero nell'ipotesi in cui la valutazione e il controllo strategico indicano i possibili rimedi alla mancata o parziale attuazione degli obiettivi prescelti.

La decisione circa le modalità realizzative, lo strumento negoziale da utilizzare per la realizzazione dell'intervento e le procedure ritenute migliori per la sua esecuzione sono

⁷³ Tar Lazio, sez. II, 8 ottobre 2001, n. 8271, in *Foro amm.*, 2001, 2975.

⁷⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 18 febbraio 2016, n. 651; si veda anche Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, la sentenza riguardava l'impugnativa da parte un'associazione ambientalista del programma triennale dei lavori pubblici di un comune nella parte in cui prevedeva l'inserimento di un'opera ritenuta lesiva dei valori ambientali, storici e artistici di quel territorio (si trattava della previsione nel programma triennale della trasformazione dell'Orto del Monte Frumentario in un parcheggio interrato). Il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente l'interesse della associazione all'impugnazione in considerazione della forza vincolante del programma. Infatti, l'inserimento dell'opera ne avrebbe reso doverosa la realizzazione nel triennio secondo l'ordine di priorità stabilito e con le disponibilità finanziarie specificamente apprestate. Il giudice di secondo grado chiariva che l'effetto della programmazione risiede nella doverosità della realizzazione dell'opera; in quella sede viene compiuta la valutazione decisiva sulla utilità e sulla fattibilità dell'intervento da parte dell'organo di governo dell'Ente. La verifica di ulteriori interessi coinvolti nel procedimento non potrà che muovere da tale presupposto per cui, una volta effettuata la programmazione e non contestata, ci si potrà dolere solo delle modalità realizzative dell'intervento. È, quindi, nella sede della programmazione che la comunità locale deve prendere atto che una certa quantità di risorse finanziarie, personali e organizzative dell'Ente è destinata a quella determinata opera considerata prioritaria, anziché ad altre opere e interventi. In tale contesto, la decisione metteva in luce anche l'aspetto essenziale delle modalità di partecipazione alla attività di programmazione dei soggetti esponenti delle comunità di riferimento, ritenendo che gli istituti dell'accesso e delle osservazioni al programma meritassero risposte specifiche da parte degli organi del Comune alle eventuali osservazioni e proposte avanzate dai soggetti interessati alla programmazione comunale

demandate alle successive decisioni puntuali della pubblica amministrazione (si pensi alla progettazione dell'intervento, alla deliberazione a contrarre, al bando etc.)

Ciò in quanto la programmazione non è un'attività meramente interna degli organi comunali, ma è atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'Ente, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, sulla congruità e correttezza delle scelte effettuate.

7. La discrezionalità “programmatoria”.

7.1. Dalla analisi della normativa emerge che in molti campi dell'azione amministrativa le scelte fondamentali sono adottate a livello programmatico: dalla individuazione del bisogno della stessa amministrazione (programmazione interna) e di quelli della collettività (nei casi di programmazione esterna), dal tipo di intervento da realizzare per soddisfare tali bisogni, all'indicazione dell'obiettivo e del risultato atteso, fino alla predisposizione dei mezzi finanziari per raggiungere tale risultato nonché al controllo del raggiungimento di tale risultato.

Fondamentale è il tema del rapporto fra legge, programmazione, merito e discrezionalità, amministrativa e tecnica.

Occorre, quindi, ritornare sul tema dell'interesse pubblico ma questa volta inteso in rapporto alla sua determinazione da parte della legge.

È stato rilevato che l'interesse pubblico si deve individuare in base a dati oggettivi e aderenti alla situazione di fatto⁷⁵ e che tale aderenza al fatto è frutto di un processo di concretizzazione graduale che avviene durante l'iter decisionale⁷⁶.

Secondo Nigro⁷⁷ l'interesse pubblico, non è più qualche cosa di “dato”, di fissato da somme decisioni politiche ma è qualche cosa di “costruito” e cioè il risultato puntuale e mutabile di un processo concreto, di grande complessità perché richiede l'apporto di varie esperienze. Marongiu⁷⁸ per delineare l'attività di direttiva, specificava che il momento della scelta dei fini generali e, all'interno di questi, degli interessi da curare è momento astratto e intellettualistico che non si esaurisce nel solo momento della determinazione, per quanto possa essere formalizzato ma si proietta entro un processo operativo in cui le scelte prime e fondamentali vanno man mano prendendo corpo a contatto con le condizioni e i problemi della realtà⁷⁹. Questo passaggio, come

⁷⁵ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 96. Sul processo di concretizzazione si veda anche N. PAOLOANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 492.

⁷⁶ F.G. COCA, *Interesse legittimo*, Torino, 2017, 185.

⁷⁷ M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, cit., 805.

⁷⁸ G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Padova, 1989, 141.

⁷⁹ D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 2010, 49, coglie la difficoltà di differenziare programmazione, indirizzo politico e atti di amministrazione e afferma che spesso gli apparati che hanno il compito di indicare spesso non vogliono o non possono dare indicazioni tali da esaurire le scelte possibili tra i diversi interessi e, quindi, da lasciare spazio alla sola esecuzione. Da ciò deriva che con interventi successivi, anche di apparati differenti si diano indicazioni via via più precise, senza tuttavia arrivare al punto in cui residui solo l'attività di esecuzione.

sostenuto da Ledda, costituisce un aspetto ineliminabile del problema amministrativo alla cui soluzione razionale aspira la pubblica amministrazione⁸⁰.

Con la programmazione si compie la prima fase del processo di concretizzazione dell'interesse pubblico che avviene attraverso la ponderazione e una prima composizione di interessi in gioco e che si avvale, come si vedrà, anche di apporti partecipativi e collaborativi dei privati.

In questo contesto si compiono valutazioni di opportunità e valutazioni di tipo tecnico (si pensi alle ipotesi delle programmazioni e delle pianificazioni di tipo ambientale o a difesa del territorio, come quelle in materia di dissesto idrogeologico: a esempio il piano di bacino individua e classifica le zone a rischio e sulla base di tale classificazione stabilisce gli interventi da realizzare e predispone le risorse necessarie per farvi fronte).

7.2. Ciò dimostra che la scelta programmatica è notevolmente complessa, sicuramente più complessa rispetto a quella di predisposizione dell'indirizzo politico/amministrativo nella quale la programmazione spesso è stata fatta rientrare.

Se si analizzano le norme richiamate, sia con riferimento alla programmazione interna sia a quella esterna, ci si rende conto che la "discrezionalità programmatica" assume una veste multiforme con il progredire delle fasi in cui essa si svolge (secondo la definizione strutturale fornita in precedenza): nella fase di selezione degli interessi, la scelta assume la massima latitudine possibile (similmente a quanto accade nella attività di indirizzo), nella fase di individuazione e predisposizione dei mezzi, la discrezionalità è più limitata e può essere connotata anche da scelte di tipo tecnico e, infine, a seguito della attuazione dei controlli, che hanno anche una funzione correttiva del sistema, la discrezionalità programmatica si restringe ulteriormente, dovendo l'amministrazione operare la correzione della precedente scelta in funzione di quanto emerso dal controllo.

Considerata nel suo insieme, la "discrezionalità programmatica" è sicuramente suscettibile, sia da parte degli stessi organismi amministrativi sia da parte del giudice, di un sindacato più intenso in funzione della sua ragionevolezza nonché della sua efficienza ed economicità rispetto ai soli casi di manifesta illogicità o di palese travisamento dei fatti.

7.3. Così come è differente rispetto alla attività di indirizzo, l'attività programmatica differisce marcatamente rispetto agli atti che hanno la funzione di individuare i criteri per lo svolgimento della azione amministrativa, autovincolando la discrezionalità: un atto di

⁸⁰ F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno degli studi Varenna 1984, Milano, 1987, 101

programmazione, infatti, non può paragonarsi a un bando di gara o di concorso⁸¹, poiché non si limita alla determinazione di parametri, ma opera scelte di base.

7.4. In sostanza, la programmazione stabilisce l'“an” della scelta discrezionale, ossia se l'intervento sulla base di quei bisogni che emergono dalla istruttoria e sono il frutto della ponderazione fra i vari interessi debba o non debba essere realizzato. Inoltre, l'atto programmatico può disporre un ordine di priorità degli interventi da realizzare, come nel caso delle opere pubbliche, per cui in linea di massima, stabilisce anche il “quando” della decisione. Se “an” e “quando” sono predeterminati dal lato programmatico rimangono alla scelta puntuale gli altri aspetti relativi al “quomodo” ossia al come realizzare l'intervento che spesso si traduce nella individuazione del migliore strumento attuativo ma che può considerarsi aspetto secondario del processo decisionale.

Se la programmazione assume i connotati appena indicati, allora la successiva attività dovrà essere valutata in termini di violazione o meno dell'atto programmatico, anche in chiave di buon andamento, efficacia e efficienza, principi che oramai si possono considerare parametri di valutazione della legittimità dell'azione, in quanto codificati. Nella decisione attuativa, infatti, vi è ben poco del merito amministrativo.

Preme rilevare che le manifestazioni della funzione di programmazione come antecedenti delle decisioni non devono essere lette nella prospettiva di un arretramento o regressione delle manifestazioni autoritative dei pubblici poteri; l'autorità in questi casi non si riduce come, invece, sempre più spesso accade attraverso istituti che tendono a elidere le manifestazioni autoritative, creando tuttavia sempre maggiori incertezze (si pensi alla scia, che ha come conseguenza quella di creare incertezze e confusione di comportamenti)⁸². Nel caso delle programmazioni il momento

⁸¹ Si veda anche P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Padova, 1990. Ma al di là di queste considerazioni sembra anche potersi affermare che sia da condividere quella dottrina che ritiene che all'interno del fenomeno dell'anticipazione delle scelte convivano entrambe le funzioni, sia quella propulsiva sia quella di condizionamento alla futura azione della pubblica amministrazione R. VILLATA E M. RAMAJOLI, *op. cit.*, 167. Parla di autovincolo nell'attività di programmazione e pianificazione così come nei bandi di gara o concorso o nelle procedure di elargizione delle sovvenzioni, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna 2014, 139. L'Autore indica la discrezionalità come scelta che delinea un'opzione strategica dell'amministrazione e riflette la visione complessiva degli obiettivi e dei mezzi dell'azione pubblica elaborata in sede di indirizzo politico, ispirata ad obiettivi di massimizzazione dell'interesse pubblico. E considera come tema saliente quello della limitazione progressiva della sfera discrezionale che consente di assicurare un bilanciamento tra esigenze di conformazione e istanze di flessibilità. L'Autore analizza, poi, in chiave di costi benefici tale tematica: limitare la discrezionalità presenta alcuni costi che crescono con l'aumentare dei vincoli. In qualche modo con la circoscrizione della discrezionalità verrebbe limitata la funzione per la quale sono nati gli apparati burocratici. Il legislatore incontra *ex ante* elevati costi di decisione e la limitazione della discrezionalità riduce la capacità delle amministrazioni di adattarsi alle circostanze e al loro mutare e in ultima analisi di soddisfare le preferenze collettive. Quindi, legislatore nel decidere quanta discrezionalità attribuire alle amministrazioni deve svolgere una complessa ponderazione: da un lato ci sono i benefici in termini di scelte appropriate e informate che derivano dall'attribuzione di un'ampia sfera decisionale alle amministrazioni competenti; dall'altro le perdite, Anche dal punto di vista distributivo, che possono derivare da scelte arbitrariamente o erroneamente compiute. Il legislatore quindi può ridurre il rischio di sviamento regolando in maniera minuziosa l'attività della pubblica amministrazione però l'eccesso di regole comporta una diminuzione della flessibilità decisoria della pubblica amministrazione.

⁸² M.A. SANDULLI, *Dalla D.I.A. alla S.C.I.A., una liberalizzazione a rischio*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, II, 465.

autoritativo si sposta a un momento che precede la statuizione relativa al caso concreto che potrebbe definirsi discrezionalità programmatica.

8. Le garanzie procedurali nell'attività di programmazione: partecipazione, accesso e motivazione

8.1. Il tema delle garanzie procedurali nell'attività di programmazione è direttamente collegato alla sua possibile contestazione per le omissioni di tali garanzie da parte degli interessati e alla possibilità che l'illegittimità del programma, atto presupposto, possa riverberarsi sugli atti esecutivi.

Si rileva che sempre più spesso a livello normativo viene dettata una disciplina del procedimento di programmazione. Il legislatore non sempre in grado di fissare gli obiettivi da realizzare, demandandoli alla fase programmatica, si preoccupa, almeno, di disciplinare le modalità di svolgimento di tale fase del processo decisionale.

Così come accade per i provvedimenti puntuali, anche i programmi, poiché pongono in essere decisioni, devono essere adottati sulla base di una adeguata istruttoria; per una adeguata istruttoria la partecipazione dei soggetti interessati è fondamentale⁸³.

8.2. La legge 7 agosto 1990, n. 241 (art. 13) esclude l'applicazione delle norme sulla partecipazione con riferimento agli atti programmatici e quelli di pianificazione, ma tiene ferme le forme di partecipazione particolari che sono previste dalle normative settoriali.

Nella attività di pianificazione territoriale e urbanistica la partecipazione si concretizza nell'istituto delle osservazioni, così come nell'attività di programmazione dei contratti pubblici. Tale adempimento consente alla collettività di realizzare un controllo ed esprimere un giudizio sullo schema di programma prima della sua adozione⁸⁴.

Accanto alle osservazioni strumenti di garanzia procedimentale che potremmo definire tradizionali, si affacciano nell'ordinamento giuridico nuovi strumenti partecipativi, conosciuti già in altri ordinamenti, come il dibattito pubblico disciplinato dall'art. 22 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016) ma facilmente utilizzabile in ampi settori della vita amministrativa.

Si tratta di una declinazione della partecipazione nella fase di pianificazione e progettazione di un intervento relativo alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale⁸⁵. In

⁸³ Sul concetto di istruttoria come decisione nel sul farsi dinamico si veda A. ZITO, *Le pretese partecipative*, cit. 133; si veda anche G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 557 per il quale: "La indeterminatezza ed indefinità dell'interesse pubblico generale, la immancabile dissociazione (da riempire attraverso il procedimento) tra interesse pubblico astratto e interesse pubblico concreto e la conseguente lesione del principio di legalità, sono controbilanciati dal procedimento e dalla regola della ragionevolezza che lo impronta, volta a dare una coerenza logica e una proporzionalità alla sequenza accertamento dei fatti, selezione degli interessi, provvedimento finale".

⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, cit.

⁸⁵ Questa forma partecipativa si ispira all'esperienza della *Commission National du Débat Public* (CNDP) francese, ove costituisce una fase della procedura di sviluppo dei progetti infrastrutturali a grande impatto ambientale.

particolare, le grandi opere infrastrutturali aventi impatto rilevante sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio verranno sottoposte obbligatoriamente a un dibattito pubblico che ha la funzione di raccogliere le osservazioni da parte delle amministrazioni interessate, dei soggetti pubblici e privati portatori di interessi. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e poi sono discusse in sede di conferenze di servizi relative all'opera sottoposta al dibattito medesimo.

Il dibattito può essere l'istituto che può garantire al meglio la partecipazione delle comunità locali nella fase di programmazione delle scelte soprattutto in settori molto delicati nella vita della collettività di riferimento come quello dell'ambiente, delle opere pubbliche e dei diritti sociali⁸⁶. Tale partecipazione è funzionale alla più ampia circolazione delle informazioni la quale rende sicuramente migliore la qualità delle programmazioni e serve a “debellare” la sindrome del *Not In My Back Yard* (NINBY), che sembra venire in rilievo a ogni cambiamento più o meno rilevante per lo sviluppo della vita civile e economica degli Stati. Il legislatore, infatti, si è reso conto che i costi sociali ed economici relativi alla realizzazione di una infrastruttura strategica di forte impatto ambientale risultano essere sicuramente maggiori allorché il progetto non sia stato condiviso dalla comunità locale dei cittadini insistente sul territorio.

8.3. Al di là di queste tipologie di partecipazione che coinvolgono le collettività di riferimento, le garanzie partecipative scattano in tutte quelle ipotesi di atti di pianificazione/programmazione ove sia possibile individuare i soggetti destinatari dei precetti in essi contenuti. Per esempio, la giurisprudenza ha affermato che se il piano di dimensionamento scolastico si prevede la soppressione di un plesso scolastico, nel procedimento relativo alla sua formazione debba essere consentita la partecipazione dei rappresentanti degli istituti interessati dalla soppressione e poiché il piano ha effetti sia sugli alunni, diretti fruitori del servizio scolastico, sia sui soggetti (personale docente e di amministrazione) che stabilmente operano nell'ambito della scuola, a questi deve essere riconosciuta una posizione peculiare da cui discende un interesse diretto concreto e attuale all'eventuale impugnativa⁸⁷.

8.3. Altro tema che non è possibile affrontare in questa sede è quello del diritto di accesso. Così come nell'ipotesi della partecipazione, anche nel caso del diritto di accesso la normativa dispone una espressa esclusione con riferimento all'attività diretta all'emanazione degli atti di programmazione e di pianificazione, per i quali comunque “restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”⁸⁸.

⁸⁶ Si veda B. G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge 15/2005*, in *Gda*, 2005, 218, il quale rilevava che i meccanismi di *notice and comment* hanno diffusione pervasiva sia a livello comunitario sia a livello globale e che la legge 241/1990 da questo punto di vista è invecchiata in fretta.

⁸⁷ Tar Liguria, Genova, sez. II, 28 agosto 2009, n. 2289.

⁸⁸ P. ALBERTI, *I casi di esclusione dal diritto di accesso* in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2016, 1289.

Sul punto occorre rilevare che gli istituti volti a garantire la partecipazione nella fase di formazione del programma (pubblicazione, osservazioni, dibattito pubblico) sembrano garantire adeguatamente la trasparenza di questi attività.

Così come aumentano le garanzie in tal senso le previsioni relative all'accesso civico.

8.4. Problema delicato è quello della motivazione degli atti programmatori.

Alcune norme prevedono espressamente la motivazione delle scelte programmatiche come si è visto nel caso degli enti locali. In generale, però, l'obbligo di motivazione è escluso dall'art. 3 della legge n. 241/1990 per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale.

Mentre l'esenzione dall'obbligo di motivazione non ha suscitato perplessità con riferimento agli atti normativi, in considerazione della intrinseca politicità degli stessi, il problema si è posto per gli atti generali e, quindi, anche per quelli di programmazione e pianificazione⁸⁹.

A fronte di posizioni che escludono la motivazione con riguardo ad atti che non incidono direttamente su situazioni giuridiche soggettive data la loro generalità⁹⁰, ve ne sono altre per le quali la generalità dell'atto non è sufficiente a escludere l'obbligo di motivazione, e questo accade soprattutto nelle ipotesi di atti preordinati alla definizione di presupposti per l'adozione di ulteriori provvedimenti⁹¹. Quest'ultimo aspetto, come visto, caratterizza l'attività di programmazione e pianificazione.

Ulteriore orientamento ha ritenuto che gli atti di pianificazione e programmazione debbano comunque essere motivati alla luce dell'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 3: infatti, questa non cita gli atti di programmazione e pianificazione, mentre il legislatore quando ha voluto limitare le garanzie procedurali per queste categorie di atti lo ha disposto espressamente (art. 13 sulla partecipazione; art. 24 sull'accesso)⁹².

Tali argomentazioni sono pienamente condivisibili. Inoltre, è condivisibile quell'orientamento che considera la motivazione obbligatoria in tutti i casi in cui l'amministrazione compie una decisione al di là della forma che l'atto assume⁹³. Si è visto che gli atti di programmazione compiono decisioni, talvolta incidendo direttamente su situazioni giuridiche soggettive.

⁸⁹ Sul problema della motivazione degli atti programmatori si veda F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, cit. 467. S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, II, 100 esprime perplessità in merito alla esenzione dall'obbligo di motivazione degli atti generali.

⁹⁰ G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., 306.

⁹¹ A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.

⁹² M.A. SANDULLI, *Rilevanza e trasparenza dei motivi nel procedimento e nel processo*, in AA.VV. *Atti del convegno di Brescia 18-19 ottobre 1991*, Roma, 1995.

⁹³ E. CANNADA BARTOLI, *In tema di motivazione degli atti a contenuto generale*, in *Foro amm.*, 1995, 4, 1088, secondo il quale la dispensa dall'obbligo di motivazione riguarda la "motivazione riferita alla forma dell'atto" e non la "motivazione del provvedimento". F. CARDARELLI, *op. cit.*, 469

8.5. Tutto ciò contribuisce a confermare che nell'ambito degli atti a carattere generale quelli programmatori hanno un regime procedimentale del tutto peculiare che riporta verso quello ordinario: se gli atti generali sono la deroga al regime ordinario, gli atti programmatori, per molti aspetti, rappresentano una deroga della deroga in virtù di norme settoriali che applicano gli istituti della legge n.241/1990.

Tali considerazioni portano anche a riflettere sulla circostanza che nell'ambito della attività programmatoria la pubblica amministrazione viene in contatto con i privati che possono vantare situazioni giuridiche tutelabili.

L'omissione di una garanzia procedurale rende l'atto programmatico illegittimo e, quindi, potrebbe essere oggetto di impugnazione da parte dei soggetti interessati ai quali sia stata preclusa la partecipazione alla fase delle scelte fondamentali (si pensi ai soggetti esponenziali di interessi diffusi, o espressione delle collettività di riferimento).

Ovviamente, deve essere attentamente valutata la legittimazione e l'interesse alla proposizione della azione giurisdizionale, non dimenticando che si tratta pur sempre di atti generali.

9. La stabilità delle decisioni programmatiche, la tutela del legittimo affidamento e gli effetti dell'annullamento.

9.1. Il tema delle situazioni giuridiche tutelabili viene in rilievo anche nelle ipotesi in cui le norme consentano al privato di entrare nel processo decisionale proponendo soluzioni programmatiche e, quindi, diventando esso stesso promotore di scelte.

Sul punto è emblematica la tematica dell'urbanistica consensuale, della programmazione negoziata e della apertura al privato dell'attività di programmazione delle opere pubbliche (si pensi al ruolo del promotore nella disciplina della finanza di progetto che può anche promuovere l'inserimento dell'intervento da lui ideato nel programma triennale).

Una volta concepito il sistema della programmazione come sistema aperto, volto al possibile recepimento delle istanze del privato e al loro apporto decisionale, si vengono a creare situazioni giuridiche soggettive tutelabili, anche sotto il profilo del legittimo affidamento, allorché l'amministrazione effettui scelte irragionevoli.

Il problema riguarda anche le variazioni delle scelte programmatiche. In questi casi, la variazione di tali scelte deve essere legata a situazioni imprevedibili al momento della programmazione: il principio generale è che la programmazione dovrebbe essere dotata di una certa stabilità. È chiaro che nell'ipotesi di eventi impreveduti e imprevedibili al momento della programmazione la variazione potrà non richiedere una particolare motivazione, che, invece, deve essere adeguatamente fornita nell'ipotesi in cui, per effetto di un mutamento delle scelte

programmatorie dell'ente, vengano poste in discussione scelte programmatiche che avevano ingenerato un legittimo affidamento (si pensi all'ipotesi di mutamento ingiustificato nell'ambito della programmazione delle chiamate universitarie o della programmazione delle opere pubbliche in caso di intervento proposto del privato, inserito nel programma e poi rimosso da questo)⁹⁴.

9.2. Problema delicato riguarda gli effetti della sentenza di annullamento della programmazione. In questo caso viene in rilievo il tema dell'annullamento modulato (addirittura *ex nunc*)⁹⁵.

Proprio con riferimento all'annullamento di un atto pianificatorio, infatti, vi è stata una decisione del Consiglio di Stato che ha ritenuto possibile la modulazione degli effetti dell'annullamento per salvaguardare gli effetti dell'atto, anche se annullato, fino all'adozione del nuovo piano⁹⁶. La dottrina, però, ha rifiutato questa impostazione assumendo che gli effetti dell'annullamento non sono plasmabili, in assenza di una apposita norma. La decisione è rimasta isolata, ma l'esigenza di concepire su nuove basi il potere di annullamento con riferimento a un atto di pianificazione pone il problema degli effetti degli atti illegittimi sulla successiva attività dell'amministrazione.

10. La programmazione come presupposto e l'invalidità derivata

Da quanto esposto si ricava che l'atto programmatico illegittimo qualora sia configurato come presupposto del successivo atto esecutivo può a sua volta viziare per invalidità derivata.

Il problema è verificare se l'atto programmatico possa configurarsi presupposto in senso tecnico.

Se la norma crea un collegamento fra la programmazione e la successiva azione (si pensi alla programmazione negli enti locali o alla programmazione nelle opere pubbliche) il vizio dell'atto programmatico può trasmigrare anche nell'atto consequenziale, viziandolo a sua volta. Infatti, il nesso di presupposizione tra provvedimenti deriva da previsioni normative che configurano l'emanazione di un provvedimento come condizione necessaria affinché l'altro possa legittimamente venire ad esistenza.

Più difficoltoso è il riconoscimento di tale nesso se non vi sono norme che si esprimono in questo senso⁹⁷.

⁹⁴ Tar Liguria, sez. II, 25/03/2009, n. 438. Sulla questione della modificabilità degli atti generali e del correlato obbligo di motivazione si veda M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 79.

⁹⁵ Sulla ammissibilità della disapplicazione di atti generali si veda M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit. 100.

⁹⁶ Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755.

⁹⁷ Su tale distinzione si veda anche A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 55. Per una ricostruzione del rapporto di presupposizione nell'ottica della operazione amministrativa si veda S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo. Contributo allo studio della funzione complessa*, Ed. Sc., 2006, 12.

In via generale, la nozione di atto presupposto, con riferimento ad atti di un unico procedimento o ad atti autonomi, è fondata sull'esistenza di un collegamento fra gli atti stessi, così stretto nel contenuto e negli effetti, da far ritenere che l'atto successivo sia emanazione diretta e necessaria di quello precedente.

Tale collegamento, quindi, può riscontrarsi al di fuori del procedimento (presupposto esoprocedimentale) e ciò induce a ritenere che il vizio dell'atto di programmazione che spesso è esterno al procedimento relativo all'atto attuativo (si pensi alla programmazione di un'opera pubblica e alla procedura di aggiudicazione del contratto relativo a quell'opera o ancora al piano urbanistico e al procedimento relativo al rilascio del titolo abilitativo),⁹⁸ si ripercuote sul provvedimento finale perché il vizio di un atto che riversi in qualche modo i suoi effetti su di un altro contribuisce a determinarne anche la conseguente invalidità, a prescindere dal tipo di collegamento, procedimentale o meno, che lega gli atti medesimi.

11. La patologia della programmazione e degli atti esecutivi: violazioni, elusioni e omissioni

11.1. Oltre agli aspetti patologici della programmazione occorre indagare anche le conseguenze della violazione delle prescrizioni programmatiche che possono indentificarsi nella sua palese violazione o nella sua elusione, mentre altro problema è quello della adozione di un atto in una situazione di omissione di programmazione, ossia in violazione dell'obbligo di programmazione e delle sue conseguenze.

Si è visto in precedenza che alcune norme prevedono sanzioni e la responsabilità per danno erariale in caso di violazione delle indicazioni programmatiche.

In via generale, al di là delle singole previsioni normative, sembra potersi affermare che la violazione della programmazione possa comportare di regola un vizio dell'atto amministrativo esecutivo contrastante con essa.

In presenza di una programmazione, il cui carattere peculiare sia quello della precettività, l'atto in violazione è atto da illegittimo e non inopportuno: non si tratta più di merito amministrativo ma di esercizio di quel che residua del potere discrezionale che già si è manifestato nelle scelte dell'atto programmatico.

Per esempio un bando di gara relativo a un'opera non inserita nel programma triennale sarà illegittimo e potrà essere annullato, così come un'assunzione in deroga alla programmazione.

Una conferma a tale affermazione si può trarre da quella giurisprudenza che ha ritenuto legittima la decisione di un'Azienda ospedaliera di non procedere alla aggiudicazione di una gara sulla base della motivazione che era necessario riallineare la spesa aziendale agli obiettivi

⁹⁸ Si veda F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto, (spunti di una teorica)*, Roma 1992.

di programmazione regionale e che l'impegno per gli anni previsti non era sostenibile finanziariamente⁹⁹. Infatti, per la giurisprudenza, il valore vincolante delle determinazioni regionali in materia di limiti di spesa sanitaria esprime la necessità che l'attività dei vari soggetti operanti nel sistema sanitario si svolga nell'ambito di una pianificazione finanziaria¹⁰⁰.

Indicativa può essere anche la vicenda della programmazione del numero chiuso nelle facoltà di medicina. Anche qui la giurisprudenza ha chiarito che la limitazione degli accessi ai corsi universitari attraverso lo strumento della programmazione risponde all'esigenza di garantire standard minimi formativi identici su tutto il territorio nazionale (e comunitario). Diversamente da quanto affermato da recentissime decisioni cautelari, una volta fissati gli obiettivi e il numero di studenti da immettere nel sistema, questi obiettivi devono essere rispettati tanto è vero che è stato ritenuto illegittimo il mancato scorrimento della graduatoria per tutti i posti disponibili programmati¹⁰¹.

Le citate decisioni contribuiscono a dimostrare quanto affermato in precedenza: la programmazione consente al giudice di valutare l'atto esecutivo sulla base dell'atto programmatico che diviene parametro di legittimità.

Si tratta comunque di stabilire se la violazione del parametro programmatico da parte dell'atto successivo si possa considerare manifestazione del vizio di eccesso di potere oppure di violazione di legge.

Come noto l'ambito di applicazione del vizio di eccesso di potere si è ristretto enormemente allorché è stata effettuata da parte della legge n. 241/1990 una più puntuale codificazione dei principi direttivi dell'azione della pubblica amministrazione. Per cui una decisione finale posta in violazione del parametro programmatico potrebbe anche essere viziata per violazione di legge in quanto contraria al principio di efficacia, economicità ed efficienza della pubblica amministrazione, previsti dalla legge n. 241/1990. Il discorso è relativamente semplice se si pensa all'ipotesi di un atto che apertamente viola il parametro (per esempio un'opera bandita non inserita nell'atto di programmazione o un'assunzione non programmata). L'individuazione del vizio appare più complessa qualora venga adottato un atto formalmente rispettoso della programmazione ma poi non in grado di raggiungere l'obiettivo prestabilito ovvero un atto adottato per raggiungere una finalità differente da quella programmata. In questo caso, l'atto esecutivo si potrebbe considerare come atto elusivo e, quindi, viziato per eccesso di potere.

⁹⁹ Tar Campania, Napoli, sez. I, 03 luglio 2012, n.3165. D'altra parte il tetto di spesa sanitaria rappresenta un vincolo ineludibile che costituisce la misura delle prestazioni sanitarie che il Servizio sanitario nazionale può erogare e può così permettersi di acquistare da ciascun erogatore privato; di conseguenza deve considerarsi giustificata (anche) la mancata previsione di criteri di remunerazione delle prestazioni extra-budget per la necessità di dover comunque rispettare i tetti di spesa e, quindi, il vincolo delle risorse disponibili (Tribunale Roma, sez. II, 01 giugno 2017, n. 11130).

¹⁰⁰ Tar Campania, Napoli, sez. I, 3 novembre 2015, n. 5096.

¹⁰¹ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 7 giugno 2007, n. 1637.

Vi sono casi in cui si potrebbe prospettare anche la illegittimità relativa al vizio di incompetenza. Si pensi all'ipotesi della programmazione negoziata.

In precedenza si è rilevato che istituti come intesa generale quadro o l'accordo di programma quadro sono vincolanti per le parti. Ma la norma nulla dice a proposito delle sanzioni in caso di inottemperanza a quanto concordato. Peraltro, trattandosi di accordi che regolano essenzialmente le funzioni esercitabili da ciascun soggetto pubblico, in caso di violazione di esso gli eventuali sarà data la possibilità di sindacare gli atti posti in essere anche per il vizio di incompetenza. I ricorrenti potranno essere sia i soggetti privati interessati all'intervento sia il soggetto pubblico che si ritiene danneggiato dall'esercizio illegittimo delle funzioni amministrative da parte di altro soggetto pubblico.

11.2. Ulteriore ipotesi è quella della omissione dell'atto puntuale richiesto dalla programmazione. Viene in rilievo la tematica della doverosità del rispetto della programmazione da parte della pubblica amministrazione e, quindi, del silenzio inadempimento e conseguente risarcimento del danno da ritardo.

Una ipotesi simile si può rinvenire in urbanistica con riferimento alle zone bianche ossia non pianificate per decadenza del vincolo espropriativo. In questi casi sorge l'obbligo dell'amministrazione, anche a prescindere dall'impulso della parte privata, di avviare tempestivamente il procedimento finalizzato alla riqualificazione dell'area mediante una specifica e appropriata destinazione urbanistica. La giurisprudenza ha affermato che il prolungato soprassedere in tal senso consente al privato di attivare i rimedi avverso il silenzio e, in caso di ulteriore inerzia, il rimedio risarcitorio per i danni causati dallo stato di incertezza sull'impiego del bene¹⁰².

Potrebbe venire in rilievo anche la fattispecie contraria, ossia l'adozione di un atto in assenza di programmazione benché la norma la esiga per poter adottare l'atto puntuale.

Siamo ancora nell'ipotesi di cattivo esercizio del potere o in quella di carenza? Se la norma demanda alla programmazione la individuazione dell'interesse pubblico concreto è innegabile che ci si avvicini alla ipotesi di carenza di potere (d'altra parte le norme sul pubblico impiego prevedono la nullità delle assunzioni disposte anche in assenza della necessaria programmazione).

11.3. Il problema della omissione della programmazione induce poi a considerare le conseguenze dell'inadempimento in relazione alla responsabilità per danno erariale, a quella derivante dalle operazioni di controllo strategico e ai possibili limiti al riesercizio del potere¹⁰³.

La Corte costituzionale a proposito della mancata adozione di un piano per le affissioni pubblicitarie ha sostenuto che la norma sul termine del procedimento di cui all'art. 2 della legge n.

¹⁰² Consiglio di Stato, sez. IV, 24 agosto 2016, n. 3684.

¹⁰³ Tar Lazio, Latina, sez. I, 05 maggio 2009, n. 399 secondo la quale l'adozione del "Piano di utilizzazione degli arenili" costituisce da parte della Regione un vero e proprio obbligo giuridico e non una semplice facoltà.

241/1990 è applicabile anche ai procedimenti di pianificazione e di programmazione. La mancata osservanza del termine per provvedere è motivo di illegittimità del comportamento della pubblica amministrazione, ma non determina la perdita del potere di provvedere. Da ciò consegue che i soggetti interessati alla conclusione del procedimento possono insorgere utilizzando, per la tutela della propria situazione soggettiva, tutti i rimedi che l'ordinamento appresta in via generale in simili ipotesi¹⁰⁴.

Sulla omissione, inoltre, occorre rilevare che può venire in rilievo anche la c.d. *class action* nei confronti della pubblica amministrazione prevista dal d.lgs. 29 dicembre 2009, n. 198. La normativa citata, infatti, stabilisce che al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti e omogenei possano agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, qualora dalla violazione di termini o dalla mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori da emanarsi obbligatoriamente entro termini stabiliti dalla legge derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi. In tale categoria rientrano anche gli atti programmatori. Una delle scarse decisioni in argomento ha riguardato il ritardo nella adozione del piano generale di edilizia scolastica. In quel caso il giudice ha ordinato al Ministero l'adozione di tale atto entro il termine stabilito in sentenza¹⁰⁵.

Infine, dalla mancata approvazione di documenti programmatici possono derivare conseguenze in relazione alla responsabilità erariale. Recentemente, la Corte dei conti, sezione regionale del controllo per il Veneto, con deliberazione del 1° giugno 2017, n. 369, ha precisato che la mancata adozione degli atti programmatori da parte del comune e segnatamente del Peg e del piano della *performance*, determina in capo alle amministrazioni inadempienti oltre che il divieto di assunzione, in quanto tali documenti programmatici (Peg e piano della *performance*) sono condizioni necessarie per esercitare le facoltà assunzionali, anche ricadute anche in termini di responsabilità amministrativa, disciplinare ed erariale poiché tale inadempimento viola norme imperative.

12. Conclusioni

L'analisi della normativa e della giurisprudenza ha messo in luce la funzione ordinante della programmazione in molti ambiti dell'agire amministrativo espressione di una discrezionalità che, attraverso l'evoluzione della normativa, ha assunto aspetti peculiari.

La circostanza che questa, poi, sia presupposto condizionante l'attività amministrativa e, quindi, operi da griglia sulla quale misurare la legittimità degli atti esecutivi contribuisce in modo

¹⁰⁴ Corte Costituzionale, 17 luglio 2002, n. 355.

¹⁰⁵ Tar Lazio, Roma, sez. III, 20 gennaio 2011, 552.

considerevole alla stabilizzazione del sistema amministrativo e alla soddisfazione dell'esigenza di certezza e trasparenza nell'ambito dei rapporti fra i cittadini e la pubblica amministrazione.

Se si guarda alla evoluzione degli strumenti programmatici si può agevolmente rilevare che negli ultimi decenni vi è stato un cambiamento importante: la programmazione dell'attività di impresa da parte della amministrazione funzionale all'intervento pubblico nell'economia è modello del tutto recessivo poiché in frizione con le esigenze del libero mercato e della concorrenza. In questo campo si sono sviluppati modelli regolatori differenti dalla programmazione. Si incrementano, invece, le programmazioni che possono contribuire alla crescita economica e allo sviluppo del livello del benessere sociale della collettività. Infatti, le programmazioni di tipo settoriale, più o meno latamente sociali, come quelle socio sanitarie, quelle ambientali, quelle relative al governo del territorio e allo sviluppo delle infrastrutture vanno tutte in questa direzione, così come in quella direzione si possono annoverare anche e programmazioni finalizzate a rendere più efficiente l'organizzazione della pubblica amministrazione. Si tratta di ambiti in cui i pubblici poteri non possono e non devono ritrarsi in quanto si identificano con la stessa ragion d'essere della pubblica amministrazione e in questi campi l'amministrazione deve procedere con disegni razionali.

Da tale considerazione si può trarre altro spunto di riflessione.

Se è vero che le attività economiche private non vengono conformate dall'alto ma si autoregolamentano nel mercato, se è vero che lo sviluppo delle reti e della tecnologia sono destinate a ridurre notevolmente l'ambito delle discrezionalità; se è vero che poteri tecnico-economici, poteri politici e istituzioni prive di un'investitura democratica, stanno mettendo a dura prova la tenuta delle tradizionali manifestazioni del potere amministrativo, è altrettanto vero che il fenomeno programmatico non si può considerare manifestazione di tale fenomeno.

La programmazione anticipa la scelta discrezionale e non la elide anzi si può considerare autentica espressione del potere amministrativo; laddove, la fissazione di standard è solo espressione della tecnica.

In tal senso, è indicativa la circostanza che le norme prevedano con sempre maggiore frequenza la partecipazione delle comunità di riferimento alla fase della programmazione e della pianificazione: si tratta di un momento di significativa democraticizzazione dell'esercizio del potere pubblico e indica che l'apporto di tali comunità sia indispensabile per contribuire a fornire i necessari punti di riferimento per la predisposizione del programma.

Tutto ciò contribuisce alla affermazione di un "rinascimento" della programmazione diversa dal passato con le differenti declinazioni rispetto al passato, che si è tentato di illustrare e che si pone come punto di snodo fondamentale per l'analisi delle dinamiche di azione dei pubblici poteri.

Questa rinnovata importanza della programmazione può inserirsi in un discorso più ampio sulla attuale società che è sempre più impegnata nella ricerca di sicurezza per cui la previsione e la gestione del rischio, anche attraverso la predeterminazione di comportamenti futuri, non possono più considerarsi estranei al sistema di valori che devono informare i pubblici poteri.