

Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*

di Giuseppe Di Gaspare

30 settembre 2017

SOMMARIO: 1. Tra democrazia diretta ed indiretta – 2. Democrazia partecipativa e *common law*: un diverso contesto operativo – 3. Il dibattito pubblico nei sistemi a diritto amministrativo – 4. Democrazia partecipativa in Italia e art. 22 del d.lgs. n. 50/2016.

1. Tra democrazia diretta e indiretta

Il titolo a cui avevo originariamente pensato era “Potere amministrativo e dibattito pubblico”. Ho optato per “Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa” cedendo alla tirannia della simmetria ma lì l’attenzione, in particolare con riferimento all’esperienza italiana, verte su questo aspetto. Ed in effetti, per mettere coerentemente a confronto i due termini, il primo, “democrazia rappresentativa”, deve essere ricondotto, da noi, al potere amministrativo o, per meglio dire, al suo esplicarsi come procedimento amministrativo in quanto è all’interno del procedimento che può stabilirsi e – nella logica dell’art. 22 del d.lgs. n. 50/2016 viene a stabilirsi – tramite il dibattito pubblico, il contatto tra democrazia rappresentativa – sottesa come fondamento legittimante l’esercizio del potere amministrativo – e una qualche forma di democrazia partecipativa. Vedremo quale nella seconda parte di questa relazione.

Vorrei al riguardo, in premessa, fare una precisazione terminologica, più per porre i termini del mio discorso che per pedanteria concettuale tendono conto dei principali contributi sul tema (R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. tre diverse forme di democrazia?*, in U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, 2010; G. ARENA, *Valore e condizioni della democrazia partecipativa*, ivi).

Dobbiamo, per iniziare, prendere in esame la contrapposizione tra le due accennate forme di democrazia, domandandoci all’interno di quale paradigma esse possano essere ricondotte. Se non vi è dubbio che la democrazia rappresentativa sia un sinonimo di democrazia indiretta, quella partecipativa – o deliberativa nella sua formulazione più forte – invece tende ad essere attratta nell’opposta sfera della democrazia diretta. In particolare, il dibattito pubblico, nelle varie configurazioni che esso ha assunto nei diversi ordinamenti (*public hearings, débat public, planungszelle*, etc.; sul punto cfr. S. BENETULLIERE, *Démocratie participative et citoyenneté*, in F. ROBBE (a cura di), *La démocratie participative*, Paris, L’Harmattan, 2007), verrebbe a

* Il presente saggio è destinato alla pubblicazione negli atti del convegno “Principio di sussidiarietà, servizi pubblici e procedure di democrazia partecipativa e deliberativa”, svoltosi il 12 maggio 2017 ad Alessandria a cura del DRASD.

costituirsi, quindi, come una specie di terreno di incontro e confronto tra le due forme. Un rapporto di attrazione-repulsione dunque tra democrazia diretta e indiretta. Sulla base della ricognizione condotta, in effetti, la democrazia rappresentativa, nel suo manifestarsi come potere, sembra soggiacere ad un processo entropico di perdita di energia, di progressivo annichilimento. Nel dibattito pubblico, allora, a contatto immediato con una modalità di manifestazione della democrazia diretta, sembrerebbe trovare una sua galvanizzazione e momentaneamente rigenerarsi. Una sorta di recupero di legittimazione in uno stato di tensione tra i due poli. L'istanza di democrazia diretta, sottesa alla democrazia partecipativa, non potrebbe manifestarsi però come acquiescenza all'esercizio del potere rilegittimato. Intima vocazione della democrazia partecipativa sarebbe piuttosto quella di sovvertirne l'esercizio e, se non proprio ostacolarlo, derivarne almeno il cammino.

Il collegamento tra il crescendo dei *public hearings* e la crisi della democrazia rappresentativa sembra avere qualcosa a vedere con la corruzione del ceto politico. Colpisce per la sua presenza, in tale relazione, anche nella lettura politologica anglosassone (D. CURTIN, *Framing Public Deliberation and Democratic Legitimacy in the European Union*, in S. BOSSON, J.L. MARTÌ (a cura di), *Deliberative Democracy and its Discontents*, Aldershot, Ashgate, 2006). Anche in quel contesto il ricorso alle varie formule di democrazia partecipativa costituirebbe uno strumento per recuperare il consenso dei dissatisfied e stealth democrats e far fronte al democratic descendent device a causa della demotivazione etica del ceto politico.

L'aver confinato entrambe le formule nei loro pertinenti recinti concettuali è solo un primo passo, in quanto rimane aperto, per il giurista, il tema della loro costituzionalizzazione ordinamentale. La democrazia diretta, in effetti, nei nostri sistemi giuridici di diritto continentale non va al di là della mera rievocazione storica, ad iniziare dal famoso saggio di Constant sulla democrazia moderna e quella antica (*La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*) che, già allora inizi ottocento, la dà, da lunga pezza, defunta. La democrazia diretta appartiene, dunque, al passato e non si contrappone certo all'egemonia della democrazia rappresentativa affermatasi con lo stato parlamentare. Benché quest'ultimo non goda oggi di buona salute, non si intravede nel campo opposto della democrazia diretta nessun contropotere in formazione.

2. Democrazia partecipativa e *common law*: un diverso contesto operativo

Se non alligna naturalmente nel diritto continentale, lo stesso non può dirsi della democrazia diretta nella tradizione del *common law*. Non è un caso che, allorché se ne citino esempi e modelli, sono le formule dell'anglosfera ad essere richiamate. Nella dottrina francese, l'esperienza del Québec funge da traduttore francofono di quelle formule. E nella dottrina tedesca, invece, capita di imbattermi in un richiamo alla prassi della Nuova Zelanda. Sembra quasi che la tradizione della democrazia diretta trovi la sua più genuina manifestazione delle terre di frontiera e radicata nelle comunità locali in zone a basso tasso di popolazione e di, relativamente recente, assestamento istituzionale. Insomma come nel New England dei padri pellegrini che, sbarcati nel nuovo continente, si auto organizzano nel *self government*. Non è un caso una scoperta, quindi, il forte nesso tra democrazia diretta e comunità locali: la democrazia diretta come forma primordiale di *local government*. Di questa remota

origine se ne era accorto Montesquieu già prima di Tocqueville che, a proposito dell'autogoverno, ne ricordava la radice barbarica "*l'on trouve dans le bois*". In effetti l'organizzazione dei poteri locali, originariamente, era essenzialmente basata sulla formula della *jurisdiction*, per cui l'investitura dei poteri e dei compiti a livello locale avveniva ad opera dei diretti interessati che eleggevano tutti i responsabili dei poteri locali nei diversi campi di attività a cominciare dal *justice of peace*, allo sceriffo, allo *school boards*, fino al comandante dei vigili del fuoco.

Questo proto sistema di *local power* è piuttosto interessante perché non conosce, al suo interno, la tripartizione dei poteri tipica dello stato di diritto. Ho cercato di riesumare questo aspetto originario del *local government* per mostrarne l'opposta impostazione rispetto alle formule di decentramento dei paesi a diritto amministrativo. Il termine con cui gli stessi autori inglesi dell'Ottocento si riferivano a questo assetto di poteri locali era *jurisdiction*. (cfr. G. DI GASPARE, *Voce Autogoverno*", Enc. Giur. Treccani, 1988)

La formula della *jurisdiction* non era circoscritta alla sola "amministrazione della giustizia" ma riguardava ogni tipologia di "amministrazione" a livello locale che comportasse l'esercizio di un potere di cui i responsabili fossero tenuti a dare conto direttamente alla comunità degli elettori. Su questo *humus* storico istituzionale, forme di democrazia diretta, molto volontariato poco remunerativo, si radicano le attuali forme della democrazia partecipativa e deliberativa dei sistemi anglosassoni e dei *public hearings*. Si può citare, ad esempio, in questa continuità storica il *Local Government Act* del 2014 sulla cui base (LGA sect. 890-894) i "*public hearings are considered in many cases a quasi judicial function and so the elected members are required to act if as judge*" presi come modello per il dibattito pubblico, da noi per la traslazione in versione *civil law*.

Accanto ai *public hearings* del *local government* si è affermato nell'anglosfera un sistema di rappresentazione di interessi che eccedono l'ambito locale, Questo sistema fa perno su agenzie governative o semi-indipendenti come ad esempio la *Usa Commission on Civil Rights* istituita nel 1957 per combattere le discriminazioni per razza, religione e sesso e che su quella base è arrivata ad estendere la propria quasi giurisdizione alla *environmenal justice*. Non si tratta di una procedura atipica: la competenza federale si radica, all'interno dei singoli Stati federati, sulla tutela dei diritti fondamentali, personali e civili ma anche economici (*owners*) ed interviene invocando una possibile loro lesione o esigenze di garantire la non discriminazione. È su questa base che la suddetta Commissione sui diritti civili e il governo degli Stati Uniti sono arrivati negli anni Sessanta ad assicurare il rispetto dei diritti civili e politici della minoranza di colore negli Stati del Sud. Al riguardo si può utilmente rivedere il film *Mississippi burning* del 1988. Fine della divagazione. Per chiudere, mi verrebbe comunque da dire che il modello di *public hearings* più noto derivi dall'esperienza della Tennessee Valley Authority (TVA) istituita nel *New deal* per il recupero di quello stato devastato dalla crisi economica degli anni 30 del secolo scorso, con i tecnici dell'Authority che per decidere gli interventi consultavano la popolazione. Un primo modello di programmazione dall'alto verso il basso.

Anche se il *self government* nella sua versione originaria è da tempo in crisi, non si deve sottovalutare la pulsione endemica degli ordinamenti a *common law* all'amministrazione diretta o perlomeno all'indipendenza dal potere governativo. Un esempio di questa non sopita aspirazione della società civile a fare da sé è data dai cosiddetti QUANGO (*Quasi-Autonomous Non-Governmental Organisation*): enti o

agenzie non governative non incluse nella struttura statale ma con compiti di amministrazione attiva o di regolazione che intervengono nei più disparati campi e cercano di mantenere uno statuto di indipendenza nei confronti del potere governativo da cui sono comunque finanziati in tutto. Anche i QUANGO, nello svolgimento delle loro funzioni per corroborare il loro statuto di indipendenza, possono fare ricorso a forme di democrazia partecipativa.

A differenza delle forme di democrazia partecipativa che a livello locale sono prevalentemente bottom-up, le procedure di consultazione previste per le Agenzie e i Quango che operano a livello statale o federale sono invece top-down. In questi casi, i *public hearings* sono in genere regolati nelle modalità del loro svolgersi da leggi e regolamenti statali e/o dagli statuti degli enti. Sono disciplinati: tempi, tipologie e modalità di partecipazione; struttura del contraddittorio; rilievo delle osservazioni e obbligo di tenerne conto. I campi principali di intervento riguardano materie come l'urbanistica, l'ambiente, la localizzazione di impianti e la realizzazione di infrastrutture. Nella sostanza, le stesse materie in cui si esercita nei nostri ordinamenti il dibattito pubblico con la precisazione che tali procedure sono esperite nei processi di pianificazione, prima cioè della decisione di porle in essere e a fronte, quindi, di possibili alternative tra le quali anche la non realizzazione dell'intervento. È un punto importante di comparazione dal quale riprendere il discorso senza peraltro saltare a questo punto a piè pari sulle differenze di contesto tra sistemi a diritto amministrativo e sistemi di *common law* finora emerse e sulle quali è il caso di concludere.

I *public hearings* delle attività "quasi giurisdizionali" e delle "quasi autonome organizzazioni non governative", al pari di quelle svolte dalle agenzie governative, si svolgono in un contesto operativo giuridico, in un *operating environment*, nel quale la decisione delle amministrazioni pubbliche acquista normalmente carattere autoritativo solo per effetto dell'intervento del giudice che attribuisce loro l'*enforcement*. Un sistema giuridico nel quale gli amministratori sono soggetti alla *law of tort* – rispondono, quindi, dell'illecito civile e penale per negligenza o lesione dei diritti fondamentali – nel quale la procedura decisionale è retta dal principio del contraddittorio del *due process of law* come conformato dalla giurisprudenza del giudice del diritto comune che mette sempre sullo stesso piano le parti nel dire e contraddire, con decisione rimessa ad un soggetto terzo indipendente. Potrebbe dirsi in quei sistemi l'ossimoro dell'amministrazione parte imparziale nel procedimento amministrativo non sussiste.

3. Il dibattito pubblico nei sistemi a diritto amministrativo

Solo una breve notazione sull'esperienza francese in continuità con quanto scritto sul sistema di *common law*. La disciplina legislativa del *débat public* – per ambiti di intervento di interesse nazionale, procedure e garanzie di partecipazione, per il fatto di essere rimessa ad un'Autorità ad hoc con il compito di istituirla assicurandone la neutralità dello svolgimento – sembra di derivazione del modello delle Agenzie federali statunitensi.

L'introduzione del *débat public* nel 1995 circoscritta alla materia ambientale è stata estesa con la legge relativa alla "democrazia di prossimità" nel 2002 ampliandone il campo d'azione e trasformando la Commissione nazionale per il dibattito pubblico (CNDP) in un'Autorità amministrativa indipendente. In realtà, la

legge n. 276/2002 ha una portata più ampia in quanto istituisce nuove modalità di organizzazione ed esercizio della democrazia rappresentativa municipale, aumenta i poteri di iniziativa autonoma degli eletti e dei loro mandati. Va richiamata, in particolare, per quello che qui interessa, la revisione costituzionale del 28 marzo 2003 che ha introdotto nuove forme di “democrazie diretta” nella vita pubblica locale, come alcune fonti tendono a sottolineare, come nel caso del referendum locale decisionale.

Rinvio alle due relazioni dei colleghi francesi aggiungendo a latere solo un paio di osservazioni.

La disciplina legislativa del *débat public* sembra corrispondere al tipico processo dell'amministrazione francese dal centro verso la periferia, top-down.

Altro punto importante è il riferimento del dibattito pubblico alla pianificazione. Il *débat public* si colloca, dunque, nella fase di elaborazione dei progetti *d'aménagement ou d'équipement ayant une incidence importante sur l'environnement ou sur l'aménagement du territoire*. Esso attiene chiaramente alla fase preliminare di ideazione dell'intervento, di gestione o di infrastrutturazione del territorio. Siamo all'interno del processo di pianificazione che è una metodologia costante dell'azione statale in Francia. Anche questo aspetto costituisce un ulteriore punto di contatto tra la Commissione per il dibattito pubblico ed il modello di *common law* delle Agenzie nazionali – come nel caso dell'*environmental justice* che sembra aver trovato un terreno propizio di innesto nel sistema di pianificazione delle amministrazioni pubbliche tradizionali del sistema francese.

Vorrei chiudere sull'esperienza francese sottolineando due profili utili per l'esame comparato e più approssimato alla legislazione italiana.

Il primo è che il *débat public* è strutturato dalla legge come un'istituzione pubblica. Il dibattito pubblico non è concepibile se non come espressione dell'attività della Commissione nazionale (CNDP) o delle sue articolazioni organizzative.

Il secondo profilo è che il suo svolgimento si inserisce nella fase di programmazione dell'intervento, prima cioè dell'approvazione del progetto definitivo ad opera dell'ente pubblico interessato o nel caso di appalti pubblici ad opera del soggetto appaltante (*maitre d'ouvrage*) preposto ad accertare la fattibilità e l'opportunità dell'operazione prospettata (loi 704 del 12 luglio 1985).

4. Democrazia partecipativa in Italia e art. 22 del d.lgs. n. 50/2016

Prenderei come punto di arrivo e di assestamento del dibattito sulla democrazia partecipativa il lavoro collettivo e sistemico (*Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, 2010) – cosa non sempre scontata – curato da Umberto Allegretti e contenente i già citati saggi di R. Bifulco e G. Arena nonché quello di A. Floridia sulla legge toscana l.r. n. 69/2007 che sostanzialmente ha operato un trapiantato “regionalizzato” del modello francese di dibattito pubblico messo a punto con la successiva legge regionale n. 46/2013 alla quale si sono ispirate le regioni limitrofe.

È il caso di evidenziare come il dibattito pubblico della regione Toscana costituisca un modulo organizzativo autonomo affidato ad un'istanza indipendente adottabile nelle procedure di programmazione regionale, sub-regionale o intercomunale con il supporto organizzativo e finanziario della Regione, per la cui illustrazione è d'uopo

rinvia agli autori che se ne sono occupati e alle altre relazioni che ne trattano specificamente in questo incontro. Su quella base si sarebbe potuto fare di più anche a livello di legislazione statale e non è fuori di luogo sottolineare che nonostante i contributi e le proposte degli studiosi e i disegni di legge presentati in materia, il dibattito pubblico come strumento di democrazia partecipativa è ancora lungi dall'aver trovato una sua disciplina generale. In questo ordine di idee è utile richiamare un precedente saggio di Allegretti (U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e Diritto*, n. 3/2006) nel quale era già stato lucidamente posto il problema della "democrazia partecipativa" come costruzione di "un istituto giuridico in sé" di diritto pubblico (costituzionale e amministrativo) affrancato dall'egemonia del procedimento amministrativo, sottraendolo, dunque, ad un destino endoprocedimentale. Il mancato raggiungimento di questo obiettivo è l'altra faccia in realtà della fattispecie normativa di cui all'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016 intitolato "Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico" ed è alla base della criticità che dalla sua lettura emergono.

L'art. 22 in questione dell'attuale codice dei contratti pubblici, relativi a "lavori, servizi e forniture", insiste nella scelta di commassare le direttive europee in materia di appalti – che continuano, invece, ad essere separate nel diritto comunitario per ciascuna delle tre tipologie – in un unico corpo normativo – che è piuttosto arduo definire "codice" – dati i continui rinvii a normative legislative e regolamentari che dovranno completarne l'assetto operativo a regime.

L'art. 22 originario del d.lgs. n. 50/2016 è stato modificato dal decreto legge correttivo n. 56/2017 che si è dovuto fare carico di una ripulitura di refusi e approssimazioni lessicali. Il nuovo testo dell'art. 22 come modificato dal d.l. n. 56/2017, nel ripulire, altresì proroga, stabilendo un ulteriore slittamento dei tempi di entrata in vigore della procedura del dibattito pubblico, rinviandone l'applicazione al momento di entrata in vigore del relativo decreto attuativo, da attuarsi con d.p.c.m., come già previsto nella precedente versione dell'art. 22 del d.lgs. n. 50/2016 ma esonerando, intanto, nella sua applicazione gli interventi avviati dopo l'entrata in vigore del codice, come era nel testo precedente del 2016, riservandola esclusivamente a quelli avviati dopo l'entrata in vigore del suddetto d.p.c.m.. Il posticipo è, in effetti, sintomatico delle difficoltà in cui si imbatte la messa a regime del dibattito pubblico in presenza di una generica previsione legislativa che lascia ampi spazi discrezionali nella sua concreta regolamentazione. Forse – si può aggiungere – sarebbe stata più opportuna l'approvazione tramite D.P.R. come era stato anche per la disciplina regolamentare del precedente codice (d.lgs. n.163/2006), quantomeno per assicurare un riscontro formale della legittimità del testo ad opera del organo apicale della Repubblica non rientrante nel plesso dei poteri governativi. In attesa del suddetto d.p.c.m. è possibile formulare solo alcune osservazioni di sistema relative all'art. 22 come riformulato sulla base della ricognizione condotta sulla democrazia partecipativa e il dibattito pubblico.

Sicuramente l'aspirazione ad un'autonoma disciplina dell'istituto affidata ad un'Autorità indipendente nel suo svolgimento è stata disattesa. Siamo certamente nella tipologia degli interventi di soggetti portatori di interessi nel procedimento amministrativo senza che appaiano neppure i crismi garantisti della partecipazione previsti nella legge n. 241/1990. Il dibattito pubblico in materia di appalti si situa dunque all'interno di una disciplina endoprocedimentale relativa alla realizzazione di

progetti di fattibilità di cui al comma 1° dell'art. 22. Nello stesso comma 1° è, è previsto un obbligo di pubblicazione degli "esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori". Sembrerebbe quasi che l'obbligo di pubblicazione sia sincronico, non prevedendosi nel suddetto comma alcuna sequenza procedimentale. Come se, al termine della procedura, tutti i documenti debbano essere resi accessibili contemporaneamente, il che appare illogico. Ma oltre l'obbligo di pubblicazione nel "profilo" (sito?) del committente sta di fatto che "le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della procedura" sono da stabilirsi con il suddetto d.p.c.m., il quale provvederà altresì "a fissare i criteri per l'individuazione delle opere di cui al comma 1°" - cioè ad assoggettare alla procedura il dibattito pubblico- nonché a definire "le modalità di indicazione e di cura della procedura" da parte dell'"amministrazione aggiudicatrice e dell'ente aggiudicatore" chiunque essi siano, diversi eventualmente dal committente cui spetta l'obbligo di pubblicazione del proprio profilo degli esiti del dibattito pubblico.

Siamo di fronte ad una norma a scatola vuota priva di effetto dispositivo?

Probabilmente la risposta dovrebbe essere affermativa. Rimando in sospeso alcune ambiguità semantiche e concettuali come quella tra ente aggiudicatore – che potrebbe essere anche l'appaltatore privato aggiudicatario sotto forma di *general contractor* – essendo il progetto di fattibilità in astratto suscettibile di essere messo a gara . Ma in cosa consista tale progetto e in che fase si debba collocare nella procedura di realizzazione dell'opera non è affatto chiaro.

Certo non si può non rimpiangere la chiarezza della versione originaria della legge Merloni (art. 14 della legge n. 109/1994 sulla programmazione dei lavori pubblici) che distingueva tra programmazione triennale delle opere, nella quale potevano essere inclusi solo i lavori di cui sia stato redatto almeno il progetto preliminare e la cui utilità sia stata accertata sulla base di una verifica delle esigenze cui i lavori devono corrispondere delle caratteristiche generali degli stessi, della stima sommaria dei relativi costi nonché dei benefici economici e sociali conseguibili. È in questa fase di programmazione dell'accertamento dell'utilità dell'opera, sulla base di un progetto preliminare, che il progetto di fattibilità dovrebbe riferirsi e in esso inerire, conseguentemente, il dibattito pubblico. Se questa scelta fosse fatta propria dal d.p.c.m. in itinere, se "il dibattito pubblico" fosse riferito alla fase preliminare di programmazione in cui la stessa opera deve essere vagliata, sotto il profilo dell'analisi costi-benefici in termini di impatto e utilità sociale, il ritorno all'art. 14 della legge n.109/1994 sarebbe sicuramente un passo indietro ma al contempo un buon passo in avanti. Ma così non sembra essere. Il riferimento alla "conferenza dei servizi" di cui al 4° comma dell'art. 22 novellato, come momento di presa in considerazione "degli esiti del dibattito pubblico e delle osservazioni raccolte" avviene "in sede di predisposizione del progetto definitivo".

A quel punto, se si tratta di predisporre il progetto definitivo allora i giochi sono chiusi e qualsiasi osservazione non può impedire la conclusione del progetto definitivo e dunque la realizzazione dell'opera – essendo la conferenza dei servizi espressamente dedicata a dirimere le eventuali divergenze tra le amministrazioni in modo e al fine di portare proprio a conclusione non ostacolando l'approvazione definitiva del progetto. In quel circoscritto ambito, l'oggetto del confronto sarebbe allora necessariamente limitato alla valutazione della fattibilità tecnico-amministrativa

dell'opera. Valutazione di competenza delle amministrazioni intervenienti con aggiustamenti possibili solo marginali senza che possa più esercitarsi qualche potestà forte a tutela di interessi pubblici prioritari come l'ambiente o la tutela del territorio il cui esercizio possa precludere, senza l'accordo dell'amministrazione proponente, il rigetto del progetto (cfr.: d.lgs. 30 giugno 2016, n.127 che sostituisce gli articoli 14, 14-bis, 14-ter, 14-quater, 14-quinquies della legge n. 241/1990).