



LE FORME DI COLLABORAZIONE PER LA RIGENERAZIONE DI BENI E SPAZI URBANI *

di Maria Vittoria Ferroni**

SOMMARIO: 1. Premesse 1.2. Inquadramento dei patti di collaborazione tra il principio di sussidiarietà orizzontale ed il principio di solidarietà 2. La natura giuridica dei patti di collaborazione 3. Le zone grigie ed i percorsi critici 3.1. La differenza di regime tra i patti di collaborazione, la negoziazione di tipo urbanistico, le altre fattispecie descritte nel codice dei contratti pubblici 4. Conclusioni: Potestà, situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità nella rigenerazione dei beni urbani attraverso patti di collaborazione.

1. Premesse.

Le premesse teoriche di questo saggio relativo ad alcuni profili rilevanti del fenomeno della rigenerazione di beni e spazi urbani vanno rinvenute nel modo di intendere il concetto di “democrazia”, quanto meno negli Stati membri dell’Unione Europea e della CEDU¹.

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*

** Professore associato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università “La Sapienza” di Roma.

¹ Non è possibile in questa sede richiamare la sterminata bibliografia sulla democrazia anche volendosi limitare al mero aspetto giuridico. Mi limito perciò ad indicare, in quanto sempre attuale, K. R. POPPER, *La società aperta ed i suoi nemici*, Roma, 2002, p.216 e ss.; F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1984. Ciascuno Stato membro dell’Unione Europea ha un suo sistema di democrazia ampiamente studiato dai costituzionalisti (per tutti: F. LANCHESTER, *Gli strumenti della democrazia. Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, 2004, p.81 e ss.; p.407 e ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, p.403 e ss. e p.677 e ss.) mentre è difficile pronunciarsi sul sistema democratico dell’Unione Europea di cui si è lamentato, non senza ragione, il deficit democratico dei poteri del Parlamento Europeo rispetto al Consiglio ed alle Commissioni. Sottolineava però già a suo tempo S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2017, p.37 e ss., che ci troviamo di fronte ad un modello nuovo e quindi non ripetibile di quelli propri degli Stati nazionali. Indubbiamente, come sottolinea L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, p.15 e ss. la Comunità Europea, fin dall’origine, si è orientata verso il tipo di Stato sociale di mercato e non di Stato sociale di diritto proprio dell’Italia e di altri paesi della Unione Europea ad economia mista. E ciò segna anche eventuali limiti alle potenzialità della democrazia stessa.

Infatti, almeno a partire dall'analisi di Norberto Bobbio², il termine democrazia non può più essere declinato al singolare come accadeva nella formula dello Stato di diritto³, e non si identifica nemmeno con il principio della democrazia pluralistica⁴. Esso esige proprio che siano compresenti ed in equilibrio tra di loro numerosi tipi di democrazia:

a) Una democrazia rappresentativa che è la forma più conosciuta basata sul tradizionale principio della separazione dei poteri e su varie forme di rappresentanza (rappresentanza politica, rappresentatività *ratione muneris*, rappresentanza professionale)⁵. Come è noto, però, questo tipo di rappresentanza è in netta crisi sia perché, come già dimostrato da Mortati⁶, è emersa la funzione di governo come principale funzione; sia perché, in una società sempre più complessa⁷, altrettanto peso politico viene assunto dal potere giudiziario, soprattutto attraverso l'introduzione del precedente, come fonte del diritto⁸. Il risultato finale è che il centro effettivo di potere si sposta verso gli organi di governo e le Corti Supreme della Magistratura e quindi verso forme, ancorché democratiche, di decisionismo⁹;

²N. BOBBIO, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Roma – Bari, 2004, *passim*; ma soprattutto L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa* in *Democrazia e diritto*, 4/2006, p. 11 e ss.

³ Anche sul c.d. Stato di diritto la bibliografia è sterminata. Un'ottima introduzione storica è nel libro a cura di P. COSTA e D. ZOLA, *Lo Stato di diritto (Storia, teoria, critica)*, Milano, 2002, p. 111 e ss. La caratteristica di tale Stato era appunto quella di rappresentare prevalentemente un solo ceto, cioè la borghesia e, su tale rappresentanza, veniva previsto sia il sistema elettorale che, in generale, i programmi di Governo. Questo modello entra in crisi tra la fine dell'ottocento e l'inizio del novecento quando, in seguito alle lotte sindacali, si forma il terzo Stato e quindi lo Stato diventa pluriclasse. Sui tentativi di salvare la formula v. già H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 30 e ss.; R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, p.182 e ss. Critico C. SCHMITT, *Democrazia e liberalismo*, Milano, 2001, p.59 e ss. e soprattutto ID., *Parlamentarismo e democrazia*, Lungro, 1999. Sulla crisi dello Stato di diritto, v. per tutti S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 119 e ss. e soprattutto E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, p. 29 e ss.; p. 287 e ss.

⁴ Sul concetto di pluralismo, v. per tutti l'ampio saggio di N. MATTEUCCI, *Pluralismo*, in *Enc. scienze sociali*, Roma, Treccani, 1996, vol. VI, p. 594 e ss. In particolare sulla c.d. democrazia pluralistica v. A. PIZZORNO, *I soggetti del pluralismo: classi, partiti, sindacati*, Bologna, 1980; J.H. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, Milano, 1984, p.407 e ss. e soprattutto gli scritti di R.A. DAHL tra cui *I dilemmi della democrazia pluralistica*, Milano, 1996

⁵ Sulla differenza tra i concetti generali di rappresentanza e rappresentatività, v. soprattutto M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970 rispettivamente p. 245 – 267 sulla rappresentatività e p. 279 sulla differenza tra i due concetti; F. LANCHESTER, *La rappresentanza in campo politico e la sue trasformazioni*, Milano, 2006; J. H. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati*, 1993; H. HOFMANN, *Rappresentanza – Rappresentazione*, Milano, 2003

⁶ C. MORTATI, *Le forme di governo: lezioni*, Padova, 1973

⁷ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, 2009, p.201 e ss.

⁸ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Napoli, 2007, p. 709 e ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1989, p. 126 e ss.; M. BIN, *Il precedente giudiziario: valore e interpretazione*, Padova, 1995, p.71 e ss.; A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1995, p.23 e ss.

⁹ Su tale teoria tra i molti, C. BONVECCHIO, *Decisionismo, La teoria politica di Carl Schmitt*, 1984, p.147 e ss. Una analisi accurata della democrazia rappresentativa in P. RIDOLA, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2010, p. 1 e ss.

- b) Una democrazia deliberativa¹⁰ basata sul metodo della rappresentanza politica o piuttosto politico - amministrativa¹¹;
- c) Una democrazia partecipativa¹², giocata sul ruolo assunto dai cittadini nel costruire insieme la decisione politica e quella amministrativa.

¹⁰La democrazia deliberativa (per un approfondimento v. A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa: teorie, processi e sistemi*, Roma, 2013) deriva da una concezione tendenzialmente filosofica della democrazia e si basa sul carattere deliberativo dei processi decisionali. Tale metodo democratico si fonda, dunque, sulla discussione tra tutti i soggetti coinvolti, messi in condizioni di reale parità e interessati dall'oggetto della deliberazione ed esclude il conteggio dei voti e il principio della maggioranza. Tra i più autorevoli teorici del concetto di democrazia deliberativa, il filosofo tedesco Jürgen Habermas ritiene che la deliberazione pubblica sia tesa alla ricerca del modo più opportuno di fornire risposta alle questioni pubbliche, attraverso un confronto ampio tra le parti per raggiungere la conclusione di un accordo (J. HABERMAS, *Riflessioni sul concetto di partecipazione politica e altri saggi*, Torino, 1980). V. anche L. CATALDI, *Premesse e limiti della democrazia deliberativa: un'alternativa alla democrazia del voto?*, in *Laboratorio di Politica Comparata e di Filosofia Politica*, Centro Einaudi, Torino, 2008, p. 5 e ss.

¹¹ H. HOFFMAN, *Rappresentanza – Rappresentazione*, Milano, 2003; M. FRACANZANI, *Il problema della rappresentanza nella dottrina dello Stato*, Padova, 2000, p.5 e ss.; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto costituzionale all'inizio del ventesimo secolo. Problemi e prospettive*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di P.F. Grossi*, Milano, 2012, p. 1275.

¹²L'espressione democrazia partecipativa non è una novità degli ultimi anni nel nostro ordinamento bensì appare rintracciabile nel dibattito costituente e nella letteratura scientifica di coloro che per primi hanno commentato la Costituzione (P.L. ZAMPETTI, *L'art. 3 della Costituzione e il nuovo assetto di democrazia partecipativa*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente, II – Le libertà civili e politiche*, Firenze, 1969, p. 250). Invero, è stato osservato che <<le sorti della partecipazione e della democrazia (non a caso affiancate nell'espressione democrazia partecipativa) sono visceralmente legate fra di loro, tanto che non v'è definizione dell'una che non sia intrisa di riferimenti all'altra>> (A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, in A. VALASTRO (a cura di) *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Napoli, 2016, p. 7), che sottolinea come, proprio il legame tra partecipazione e democrazia, spiegherebbe l'enfasi posta dall'Assemblea costituente sui principi di sovranità, solidarietà e partecipazione <<come emerge dalla lettura dei lavori preparatori, quei principi dovevano costituire l'anima della nascente "democrazia sociale">>, quale forma di Stato volta a consentire l'esercizio permanente e sostanziale della sovranità ed a <<promuovere una più intima socialità fra i suoi componenti>> (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, p. 143). Pertanto il riferimento dei doveri di solidarietà di cui all'articolo 2 della Costituzione e del principio di partecipazione di cui all'articolo 3 ai medesimi ambiti (politico, economico e sociale), secondo la dottrina, sarebbe espressione del volere del Costituente di considerare il principio di solidarietà quale fonte di <<integrazione della persona nella vita dello Stato e della Comunità sociale>> (G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, p. 51 ss.).

La base teorica primaria che si può rintracciare a fondamento della partecipazione e della democrazia partecipativa affonda le radici nel generale rapporto tra società e istituzioni (Sullo sviluppo del concetto di democrazia partecipativa L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, cit., p. 11 e ss.). Per questo motivo sembra assistersi negli ordinamenti ad un incremento della propensione alla regolamentazione formale, da parte degli enti pubblici, dei processi partecipativi (S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p.13 ss.) e meno recentemente A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e democrazia parlamentare* in AA.VV., *Studi in onore di A. Amorth*, vol. II, Milano, 1982. Nella democrazia partecipativa gli attori sono tutti i cittadini, in quanto individui, anche se gli stessi possono essere sorretti da associazioni e organizzazioni collettive di cui possono far parte. Nella democrazia partecipativa è centrale il concetto di cittadinanza e di capacità inclusiva (V. ANTONELLI, *Cittadini si diventa: la formazione alla democrazia partecipativa*, in G.C. DE MARTIN – D. BOLOGNINO (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, Padova, 2010, p. 91 ss.) ossia la legittimazione alla partecipazione è legata alla circostanza del possesso dei saperi utili alla decisione che deriva da uno stretto collegamento con il territorio. L'accesso dei cittadini nella democrazia partecipativa deve poter avvenire in ogni fase della decisione pubblica e quindi non soltanto in quelle preliminari o terminali, ossia deve durare

d) Una democrazia associativa, che elabora progetti e comunica attraverso canali di vario tipo sia con la politica, sia mediante i procedimenti amministrativi. E' da notare che, spesso, le singole istituzioni associative tendono a trasformarsi in vere e proprie lobby, cercando di influenzare più o meno lecitamente le scelte politiche ed amministrative il che obiettivamente riporta indietro l'orologio del tempo rinnovando forme di democrazia corporativa tuttora presenti in Italia¹³.

Peraltro alcuni studiosi tendono a codificare questo tipo come un vero modello di rapporti generali tra Stato e società civile destinato a sostituirsi a quelli della separazione e della integrazione politica, soprattutto a causa dell'influenza del principio di sussidiarietà orizzontale¹⁴.

e) Una democrazia diretta: è quella esercitabile senza la mediazione politica mediante l'uso assembleare, le votazioni universali (oggi anche on line) ed i referendum propositivi. Il punto più interessante di tale tipo consiste nel fatto che i rappresentanti della *universitas* dei *cives* hanno solo funzioni decisionali – attuative, non deliberative dell'indirizzo politico: ne sono un esempio le forme di proprietà collettiva dell'arco alpino (Magnifiche Comunità, Regole ASUC) e gli usi civici del Centro meridione con le Università agrarie¹⁵.

f) Una democrazia di prossimità: è la declinazione più importante per il saggio. Essa si distingue dalle altre forme pur condividendo i medesimi presupposti della democrazia partecipativa ma spostandola a livelli di microfenomeno (comunità locali) e specialmente di quelle che vivono in aree di degrado urbano e comunque di scarsa sostenibilità ambientale¹⁶.

per tutto il procedimento (M. BOMBARDELLI, *Democrazia partecipativa e assetto policentrico dell'organizzazione amministrativa*, in G. ARENA – F. CORTESE (a cura di), *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, Padova, 2011). Infatti la seconda caratteristica fondamentale della democrazia partecipativa è la necessità di strutturare gli istituti partecipativi all'interno dei processi decisionali, proprio perché sono le norme di carattere procedurale ed organizzativo che consentono la partecipazione ai processi decisionali (U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 779 ss. ed in generale ID. voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, 2011, p. 295 ss.). La necessità di interventi positivi da parte delle istituzioni volte ad assicurarne le condizioni materiali sembra collocare la sfera della partecipazione ai processi decisionali nella sfera dei diritti sociali piuttosto che in quella tradizionale dei diritti politici (D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, p. 10 ss. e 140 ss.; M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Milano, 2012)

¹³ Cfr. tra gli altri, D. BROCCHI, *Democrazia corporativa*, 1963; A.M. LA GRUA, *La democrazia corporativa*, Cefalù, 1976

¹⁴ Per tutti L. BACCARO, *Stato e società civile: verso un modello di democrazia associativa?*, in *Stato e mercato*, 3/2004, p. 384 e ss.

¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici e diritti collettivi*, Padova, 1983; G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1967, p.121 e ss.; A. PALERMO, *Usi civici*, in *Nov. dig. it.*, XX, Torino, 1982, p.209 e ss.; U. PETRONIO, *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p.930 e ss.; M.A. LORIZIO, *Usi civici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, p. 1 e ss.; L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, p. 584 e ss.; L. FULCINTI, *I beni di uso civico*, II ed., Padova, 2000, p. 226 e ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici fra tradizione e riforme*, in *Studium iuris*, 2002, p. 886 e ss.; Id., *Gli usi civici*, Milano, 2003; G. DI GENIO, *Tutela e rilevanza costituzionale dei diritti di uso civico*, Torino, 2012

¹⁶ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité*, Paris, 2008, p.195 e ss. In Italia tra i contributi più interessanti V. PEPE, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, Napoli, 2015, *passim*

Infatti, proprio l'idea della rigenerazione urbana e del riuso di spazi e beni cittadini¹⁷ attraverso varie forme di collaborazione, tra cui i c.d. patti di rigenerazione urbana, sembra confermare il fondamento dei presupposti teorici cui si è accennato.

Se compete comunque all'autorità politica – sia a livello centrale che locale – definire e prescrivere cosa si intenda con le locuzioni “beni comuni”, oppure “rigenerazione urbana”, non ci possiamo nascondere il fatto che, anche in questo caso, fattispecie di costituzione materiale, anche dal basso, (come i numerosi regolamenti comunali sulla rigenerazione e patti di collaborazione dimostrano), precedono quasi sempre la produzione di fonti formali del diritto (vedi ad esempio la proposta di legge Rodotà sull'individuazione e classificazione dei c.d. beni comuni), con tutte le incertezze giuridiche che siffatta regolamentazione dal basso comporta¹⁸.

Spetta, in secondo luogo, ai cittadini singoli o associati partecipare all'elaborazione del patto di gestione comune, ben al di là della partecipazione – contraddittorio di cui al capo III della legge 7 agosto 1990, n.241¹⁹ ed alle associazioni (anche di quartiere) attuare i patti di collaborazione in adempimento dei loro obblighi²⁰.

¹⁷F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, 2017 ed *ivi* bibliografia citata; R. D'ONOFRIO – M. TALIA (a cura di), *La rigenerazione urbana alla prova*, Milano, 2015

¹⁸ Il tema dei beni comuni ha una estensione ed una ricchezza di dibattito talmente articolato che solo la mera indicazione della bibliografia occuperebbe ben più dello spazio del saggio. Si rinvia pertanto al recente studio di G.F. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Napoli, 2017, *passim*

¹⁹F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo, (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996; G. GHETTI, *Il contraddittorio amministrativo*, Padova, 1971, p. 171 e ss.; A. CERRI, *Difesa e contraddittorio nel procedimento amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 2731 e ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 59 e ss.; L.P. COMOGLIO (*Principio del*) I, *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1997, p. 2 e ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, 2016, p.5 e ss.

²⁰Questo tipo di fattispecie consente di superare i limiti della democrazia associativa che comunque – come si è scritto nel testo – ne rappresenta il presupposto storico e sociologico. Infatti le forme di democrazia associativa funzionano attraverso canali di comunicazione metagiuridici (lobbies), anche perché manca tuttora una regolamentazione nazionale sulle loro modalità; ed in parte attraverso procedimenti amministrativi di “consultazione” che normalmente non si inquadrano nelle forme di partecipazione individuale di cui al capo III della legge n. 241 del 1990, ma piuttosto si modellano su quelle settoriali indicate genericamente dall'articolo 13 della medesima legge per la formazione di piani, programmi ed atti amministrativi generali. Nella rigenerazione urbana, come meglio si vedrà infra nel testo, il progetto parte direttamente dalle associazioni di base, spesso di quartiere, e si impone agli organi politici locali i quali si limitano a recepirli delegando alle medesime associazioni la loro attuazione. Ne consegue che, nella c.d. democrazia di prossimità, vi sono sostanzialmente forme di autogestione dei beni da rigenerare e/o degli spazi urbani da recuperare tratto che avvicina ai fondamenti della democrazia diretta ed in particolare alle esperienze delle proprietà collettive e degli usi civici. Molto diverso e più articolato è il rapporto di questi istituti con la democrazia partecipativa. Se, infatti, come anticipato, non risulta immaginabile una definizione univoca di democrazia partecipativa nei diversi ordinamenti giuridici, è comunque possibile affermare che il concetto di democrazia partecipativa – ormai entrato a far parte dei principali sistemi democratici – ha quale comune denominatore la compartecipazione tra le istituzioni e la c.d. società civile per il governo della *res publica* (La democrazia partecipativa è stata anche inquadrata come democrazia di prossimità da V. PEPE, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, Napoli, 2015, p. 107 ss.). Più in particolare si tratta di un collegamento funzionale tra i cittadini e le istituzioni pubbliche basato, non già su una delega del potere da parte delle stesse istituzioni, bensì su processi di interazione nell'ambito di procedure pubbliche, siano esse amministrative o normative, finalizzate alla gestione ottimale del bene pubblico. Ove la democrazia partecipativa sia fortemente sviluppata e radicata, essa può assurgere a metodo di governo alternativo o

1.2. Inquadramento dei patti di collaborazione tra il principio di sussidiarietà orizzontale ed il principio di solidarietà

Date queste premesse, il presente contributo, nella cornice dei regolamenti per la gestione e la condivisione dei beni comuni urbani adottati, a partire da quello del Comune di Bologna²¹, intende soffermarsi sui patti di collaborazione quale espressione del dialogo tra i cittadini attivi e la pubblica amministrazione, muovendo, in chiave costruttiva, dall'inquadramento nel rapporto costituzionale di sussidiarietà orizzontale, alla luce del combinato disposto degli articoli 117 sesto comma e 118 quarto comma della Costituzione²².

Infatti, nell'idea di "amministrazione condivisa" appare sullo sfondo il concetto di "solidarietà", che è proprio il principio supremo emergente dall'articolo 2 della Costituzione: esso non a caso è stato inserito dai padri costituenti subito dopo il principio della dignità del lavoro (articolo 1), massima forza, nel bene e nel male, di partecipazione del cittadino alla Repubblica ed allo Stato²³. Il principio di sussidiarietà orizzontale infatti ridisegna i rapporti complessivi tra Stato e società civile. Esso è stato essenzialmente declinato in un modo più restrittivo ed in un modo più ampliativo. Sotto il primo profilo per lungo tempo (ed attraverso un'interpretazione puramente letterale e formalistica dell'articolo 118 comma 4 Cost.) esso è stato limitato alle c.d. "attività di interesse generale",

integrativo rispetto a quello presente nello Stato interessato. Risulta dunque di tutta evidenza la differenziazione di tale fattispecie rispetto alla più nota istituzione della democrazia diretta - spesso confusa con il concetto della democrazia partecipata - caratterizzata invece dall'esercizio diretto da parte dei cittadini, senza forme di mediazione o rappresentanza parlamentare, della sovranità attraverso determinati strumenti. Nella democrazia diretta, infatti, la sovranità popolare consente ai cittadini la paritaria partecipazione ai processi decisionali pubblici in virtù di specifici strumenti quali, ad esempio, il referendum abrogativo o la proposta di legge di iniziativa popolare (Sulle concezioni di democrazia diretta, v. G. MORBIDELLI G. – L. PEGORARO – A. RINELLA – M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016; B. APRILE -T. BENEDIKTER - R. BRAMBILLA – P. MICHELOTTO – D. RINCO – P. STRANO e altri, *Vivere meglio con più democrazia. Guida sulla democrazia diretta per cittadini attivi e consapevoli*, edizioni on-line, 2011; A. DI GIOVINE, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova 2001, p.30 e ss.)

²¹ Sui regolamenti comunali si rinvia a F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, 2017 ed in particolare al contributo di F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio*, *ivi*, p. 210-211

²² Sul notissimo principio di sussidiarietà orizzontale ci si limita ai riferimenti principali: A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 51 e ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 e ss.; C. MILLON DEL SOL, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, p. 1749 e ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, I, p. 179 e ss. Prima della riforma costituzionale del 2001 cfr.: A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 603 e ss.; U. FRAGOLA, *Il principio di sussidiarietà nel diritto amministrativo italiano*, in *Riv. amm.*, 1999, p. 1121 e ss.; A. RINELLA, L. COEN., R. SCARCIGLIA, *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali della sussidiarietà orizzontale. Esperienze a confronto*, Padova, 1999. Per applicazioni di specie, M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008, p. 91 e ss.; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011

²³ Sul principio di solidarietà, D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, p.131 e ss.; M. C. BLAIS, *Storia di un'idea*, Milano, 2012

non comprendendosi tra le medesime, ancorché implicitamente, le attività economiche destinate a generare profitto.

Ancora una volta per mutare di contenuto è stato decisivo l'influsso delle politiche pubbliche della Comunità, ora Unione Europea, soprattutto attraverso le privatizzazioni, le liberalizzazioni di attività economiche ed il partenariato pubblico-privato.

Ciò ha consentito di declinare il concetto di sussidiarietà orizzontale in modo più ampio comprensivo delle attività economiche medesime ed ha dato luogo ad ulteriori provvedimenti dell'ordinamento giuridico i cui principi sono oggi codificati negli articoli 19 e 20 della legge n. 241 del 1990.

Nel caso degli accordi di rigenerazione urbana l'oggetto dell'intervento è un bene comune o, se si vuole, con una punta di ironia, un bene pubblico degradato e cioè abbandonato. Ciò dimostra che, in questa fattispecie, non è possibile evocare solo il principio di sussidiarietà orizzontale rispetto al potere politico-amministrativo. Più precisamente, come dimostra l'esperienza dei beni pubblici immateriali (tra cui, ai nostri fini, principalmente il concetto giuridico di territorio), la comunanza del bene presuppone, da un lato il rovesciamento del concetto romanistico di appartenenza; e dall'altro, appunto, i due postulati che derivano da tale presupposto, cioè la solidarietà nella gestione del bene tra pubblico e privato; la partecipazione del cittadino singolo o associato alla formazione della decisione su come gestire il bene stesso²⁴.

Mettendo al centro il concetto di solidarietà, è possibile evitare (almeno per i progetti di riuso urbano di microscala), eventuali infrazioni comunitarie e/o nazionali sia al codice dei contratti pubblici, sia ai principi che regolano le concessioni di beni pubblici.

In primo luogo, nella gestione dei beni comuni, si riproduce la scissione tra rapporto di esponenzialità (articolo 3 del d.lgs. n. 267 del 2000) e rapporto di rappresentanza politica, codificati, entrambi, non solo dalla legge ma anche dalla giurisprudenza. E' noto che, a partire dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, si è enucleato il principio di esponenzialità degli enti territoriali che rappresentano politicamente le collettività locali, principio appunto codificato nella legge n. 142 del 1990 e poi nelle c.d. riforme Bassanini. In pratica ciò significa che l'ente locale è esponente referenziale di tutti gli interessi della collettività relativa, anche in materie nelle quali non ha competenza politica o amministrativa.

In secondo luogo il titolare sostanziale del bene comune è la collettività locale che si riappropria del bene o dello spazio degradati, mentre il Comune è solo titolare del rapporto di rappresentanza politico-amministrativa.

Si potrebbe anche sostenere che la vicenda presenti tratti simili con quella della sdemanializzazione di beni pubblici, ma vi sono differenze sostanziali perché, da un lato il bene pubblico dismesso se è suscettibile di valorizzazione economica viene alienato; dall'altro se non è suscettibile viene abbandonato al degrado del tempo ma non può essere utilizzato nemmeno dalla collettività se non marginalmente (ad esempio trasformando in

²⁴V. per tutti P. GROSSI, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 2017

percorsi ciclabili tratti più o meno ampi di vecchi tracciati stradali). Infine anche nella approvazione dei regolamenti comunali sulla rigenerazione urbana, emessi da parte dei Consigli Comunali, vi è esercizio della sola imputazione formale del potere di rappresentanza rispetto ai cittadini; e non anche quello di esponenzialità, come avviene per molti altri casi nei quali, come si è detto, ai sensi del d.lgs. n. 267 del 2000, il Comune non ha competenze (esempio azioni stragiudiziali e giudiziali a difesa dell'ambiente e del territorio contro il pesante impatto di progetti di opere pubbliche).

In conclusione si riproduce la vicenda delle proprietà collettive, che appartengono alla *universitas*, e di cui gli organi o enti sono meri rappresentanti.

2. *La natura giuridica dei patti di collaborazione*

Date queste premesse, si deve ora analizzare il ruolo da assegnare rispettivamente – da un lato agli articoli 117 comma 6 e 118 comma 4 della Costituzione; - dall'altro all'articolo 2 della Costituzione. Per quanto riguarda i primi, recente dottrina ha richiamato appropriatamente la possibilità di efficacia giuridica direttamente precettiva e non solo programmatica di molte norme della Costituzione²⁵, secondo la nota distinzione a suo tempo introdotta dal Crisafulli²⁶. Ciò consente quindi di superare l'obiezione secondo cui a questi istituti farebbe difetto la riserva di legge. Si supera però in tal modo solo il profilo critico ma non si introduce quello costruttivo, dal momento che, poc'anzi, si sono accennati i limiti dello stesso principio di sussidiarietà orizzontale. E' vero che, limitando alla declinazione riduttiva di attività di interesse generale il concetto, è possibile ipotizzare un ampio spettro di fattispecie in cui i cittadini si sostituiscono in attività un tempo esercitate dai pubblici poteri nel campo dei servizi pubblici e dei servizi sociali sia alla persona che alla comunità. Tuttavia, pure in tale caso, non si esce dal classico fenomeno della sostituzione del privato singolo o associato alle funzioni o servizi pubblici²⁷.

Ma, anche qualora si volesse utilizzare il linguaggio comunitario di partecipazione del privato all'esercizio dei pubblici poteri, nell'ordinamento italiano essa determina la c.d. "preposizione dei privati" all'esercizio di attività amministrative per cui i medesimi, quanto meno dal punto di vista del controllo giurisdizionale, sono soggetti alla giurisdizione amministrativa (articolo 7 comma 2 c.p.a.). Non si può quindi che assegnare un peso preponderante al secondo principio programmatico fondamentale, cioè la solidarietà, contenuto nell'articolo 2 della Costituzione.

²⁵F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio*, in F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, 2017, p. 216- 217: <<I regolamenti citati costituiscono così una chiara espressione di predisposizione di strumenti finalizzati al raggiungimento di politiche di collaborazione per la rigenerazione di spazi e beni urbani, attraverso cui, in parte, si realizzano i doveri di solidarietà e, in parte, il principio di eguaglianza, come espressi dagli articoli 2 e 3 della Costituzione. In questi termini il principio di legalità si considera ugualmente rispettato pur attraverso un collegamento diretto che l'amministrazione locale pone con la Costituzione, senza il filtro della legge formale>>.

²⁶V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952

²⁷V. già G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Soc. ed. librerie, 1920 e da ultimo A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, *passim*

Infatti tale principio include la sussidiarietà nella solidarietà; mentre gli articoli 117 e 118 della Costituzione, ne legittimano solo l'applicazione diretta attraverso le funzioni ivi attribuite agli enti locali di regolazione e di amministrazione diretta, ancorché condivisa. Inoltre, ad avviso di chi scrive, mentre l'approvazione consiliare del regolamento è un'imputazione di rappresentanza politica, il patto di collaborazione si avvicina idealmente più alla fattispecie dell'articolo 15 che a quella dell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.²⁸.

Come sostenuto dalla dottrina, infatti, è molto rara la fattispecie del patto di collaborazione concludibile con un'unica persona fisica o giuridica: ma in ogni caso, entrambe le parti agiscono per la tutela di un interesse generale comune (il bene o il riuso dello spazio), che, precede e connota la partecipazione procedimentale²⁹. L'idea o progetto di riuso si pone come presupposto della legittimità del procedimento formale³⁰.

Più in particolare, a differenza della nota partecipazione negoziale propria della sussidiarietà orizzontale³¹, nella quale l'interesse pubblico si forma nel procedimento stesso, attraverso la logica del sinallagma e del consenso (cioè in altri termini, della partecipazione egoistica del privato alle scelte della p.a.), nei patti di rigenerazione urbana vi è un interesse generale ad un obiettivo solidale.

Ne risulta, dal punto di vista dell'analisi strettamente giuridico-formale, che la figura dell'accordo di cui all'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 deve rimanere solo sullo sfondo: cioè agli effetti della corretta interpretazione della fattispecie e dell'eventuale riparto di giurisdizione. Ossia nei rari se non ipotetici casi in cui possa sorgere un conflitto tra le parti del patto di collaborazione sulle modalità di applicazione, ovvero venga addirittura presentata un'impugnazione presso un tribunale amministrativo da parte di un terzo.

²⁸ In particolare sulle differenze tra gli accordi di cui all'articolo 15 e gli accordi di cui all'articolo 11 già G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978; e soprattutto G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984. Le varie fattispecie di accordi sono puntualmente descritte da E.M. MARENGHI, *Le tipologie dell'amministrazione per accordi*, Salerno, 1996. Più recentemente G. GRECO, *Accordi amministrativi fra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; e con specifico riferimento al diritto europeo N. BASSI, *Gli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004. Da ultimo, sotto il profilo dello studio della discrezionalità, F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004

²⁹F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione.....cit.*, p.221 <<l'oggetto del patto consiste nel perseguimento di interessi pubblici e nella fruizione collettiva degli spazi e dei beni interessati. La destinazione funzionale dei beni oggetto della rigenerazione è causa essenziale del patto che non è nella disponibilità delle parti, se non nella primordiale fase iniziale in cui si concretizza la co-determinazione dell'azione condivisa>> e <<d'altra parte si può rilevare come il patto di collaborazione costituisca la conclusione di un ordinario procedimento amministrativo, disciplinato dai regolamenti comunali, in nulla differente dagli altri se non per la peculiare caratteristica di essere un procedimento preordinato sin dall'inizio alla collaborazione>>.

³⁰A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.* 2005, 3, p.557

³¹ Sul tema della sussidiarietà orizzontale si rinvia alla precedente nota 22

È peraltro da segnalare che, una parte della dottrina, sostiene la tesi, che si è sopra ricordata, della sussumibilità nell'articolo 11 della legge 7 agosto 1990 n. 241³². Oppure inquadra i patti in fattispecie tipicamente civilistiche³³.

Sembra di poter segnalare, invece, che questo problema è abbastanza analogo a quello postosi più di venti anni or sono per l'analisi giuridica degli istituti della programmazione negoziata³⁴ (legge 27 novembre 1996, n. 602).

Senonché, in quella figura era comunque prevalente la funzione di sviluppo economico collettivo propria dell'articolo 41 comma 3 della Costituzione e tutti gli istituti a cascata dalla medesima previsti avevano una rigida connotazione pubblicistica e addirittura, per alcuni, come l'intesa istituzionale, di rilevanza costituzionale. Invece il patto di collaborazione è pura espressione di una logica di solidarietà, e di una visione del bene comune finalizzata alla cura dell'interesse collettivo, che trascende la stessa funzione dell'interesse pubblico locale al riuso del territorio (quindi di un semplice interesse pubblico di natura urbanistica ed eventualmente edilizia)³⁵; ovvero a quella della gestione di determinati servizi sociali alla comunità e/o alla persona.

Proprio questa singolarità delimita la legalità sostanziale dei patti di collaborazione che, altrimenti, tracimerebbero da un lato nella disciplina normativa del recupero urbano, ovvero in quella dei servizi di interesse generale non economico di cui il patto di collaborazione rappresenterebbe un aggiramento se non addirittura un'elusione³⁶.

³² L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di) *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., p. 131, la quale si domanda, in relazione alla disciplina cui sono sottoposti i patti di collaborazione <<se siamo di fronte ad un'amministrazione che contratta dispiegando i propri poteri di autonomia privata o se piuttosto assistiamo all'esercizio di poteri amministrativi che danno vita ad una figura giuridica nuova, diversa ovviamente dal provvedimento, e la cui disciplina sia in qualche modo avvicinata all'accordo di diritto pubblico introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 11 della l. n. 241/1990>> tuttavia riconoscendo (p.133) che <<in questa fattispecie sussiste una preminenza dell'interesse generale da cui discende perciò, a catena, il permanere di un regime che presenta caratteri, almeno in parte pubblicistici>> ; v. anche F. GIGLIONI, op. ult. cit., p.221-222.

³³ R. TUCCILLO, *Rigenerazione dei beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità*, in F. DI LASCIO – F. GIGLIONI (a cura di) *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., p. 95 il quale se solleva <<dubbi sulla sua sussumibilità nell'ambito del *genus* degli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. n.241 del 1990 e sul loro carattere privatistico o pubblicistico>> afferma poi che <<Il secondo piano attiene alla natura, civilistica o pubblicistica, degli accordi *ex art. 11 della l. n. 241 del 1990*>> ritenendo che (p.96) <<Il patto di collaborazione sembra quindi determinare la costituzione di un'obbligazione a carico del privato, il quale, pur essendo libero di scegliere se assumere l'obbligo di rigenerazione, ne è vincolato dal momento della stipulazione>>.

³⁴A. CONTIERI – P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009; e specificatamente sui patti territoriali S.G. SELVAROLO, *I patti territoriali nella programmazione negoziata*, Bari, 2003

³⁵Si allude alla esperienza di recupero dei nuclei abusivi di cui all'articolo 27 e ss. della legge 5 agosto 1978 n. 457 sul recupero dell'edilizia residenziale pubblica e successivamente alle disposizioni in materia della legge sul condono edilizio (legge 28 febbraio 1985, n.47). Come ha dimostrato l'esperienza pratica, la gestione di quanto astrattamente previsto dalla legge è passata interamente per il circuito politico locale, il quale ha assegnato discrezionalmente ad associazioni politicamente contigue il recupero delle aree finanziandone totalmente la spesa e spesso senza alcuna pubblicità o procedura comparativa

³⁶Sui servizi di interesse generale non economico: E. SCOTTI, *Sevizi pubblici locali*, in *D. disc. pubbl., Aggiornamento*, Milano, 2012, p. 636-638; G. F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002, *passim*; Sull'accesso

Ne consegue anche che l'iscrizione dei patti di rigenerazione nell'accordo tra privati ex articolo 1321 ss. c.c. non è idonea a sorreggere tale impostazione. Infatti quest'ultima si regge sul concetto tradizionale del rapporto giuridico nel quale le parti determinano liberamente, ma nei limiti della legge, l'autoregolazione dei propri interessi economici.

Rimane ovvio che le situazioni dei terzi, eventualmente incise dai patti di collaborazione, non dovranno essere compromesse (ma questo è un problema di cui si deve fare carico la parte pubblica del patto attraverso azioni tradizionali o innovative, quali espropriazioni, perequazioni, compensazioni ecc.).

In conclusione, si ritiene che gli obblighi ed obbligazioni previsti dal patto debbano essere adempiute più su un piano etico e sociologico, che non su quello giuridico e sanzionatorio.

3. Le zone grigie ed i percorsi critici.

La relativa novità dell'istituto degli accordi di collaborazione e le peculiarità degli stessi presupposti filosofici e teorici sui quali tale istituto (come tanti altri) si fonda (e cioè la c.d. democrazia di prossimità) impongono notevole cautela nel distinguere le ipotesi nelle quali ci troviamo di fronte ad una possibile applicazione corretta ed addirittura esclusiva dell'istituto; e le fattispecie in cui la sua applicazione sarebbe impropria o addirittura illegittima. Occorre quindi utilizzare due metodi di analisi, l'uno proveniente dal diritto e l'altro dalle scienze imprenditoriali per verificare l'attuale problematica: essi sono rispettivamente le zone grigie ed i percorsi critici.

Quanto alle prime occorre affermare che la mancanza di una regolazione a livello legislativo nazionale (regolazione che, a suo tempo poté risolvere positivamente analoghi problemi sorti con le prime sperimentazioni della programmazione negoziata, anteriormente alla sua codificazione con la legge finanziaria del 1996 n. 662³⁷), comporta appunto il formarsi di zone grigie, nelle quali i patti di collaborazione potrebbero incontrarsi, sovrapporsi o addirittura scontrarsi con il terreno comunitario delle concessioni ed appalti di opere e servizi pubblici³⁸; e comunque anche con la disciplina nazionale o locale della concessione di beni ed utilità pubbliche³⁹.

Quanto al secondo criterio, la nozione di percorso critico deriva piuttosto dall'aziendalistica ed indica le difficoltà che le imprese possono incontrare nell'adempiere

al mercato, F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano, 2008

³⁷ A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, p.9 e ss.; G.M. ESPOSITO, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 1999. Sulla tipologia dell'amministrazione per accordi: E.M. MARENGHI, *Le tipologie dell'amministrazione per accordi*, Salerno, 1996. In particolare sulla programmazione negoziata, p. 53 e ss.

³⁸ Sul difficile rapporto tra il regime delle concessioni ed appalti pubblici, da ultimo E. PICOZZA, *Le concessioni amministrative tra diritto europeo e ordinamento nazionale* in P. CHIRULLI (a cura di) *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016, p. 303 e ss.

³⁹ B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Torino, 2008, p.203 e ss.; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino 1998; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, p.137 e ss.; E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in G. BOTTINO, A. BOTTO, M. CAFAGNO, G. FIDONE (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013

obbligazioni particolarmente complesse sia nell'ambito della realizzazione di opere che per la fornitura di beni o servizi. In effetti, mentre non si pongono particolari problemi giuridici quando il promotore del patto sia un'associazione di quartiere, una fondazione o semplicemente un gruppo di cittadini particolarmente disponibili ed interessati alla riqualificazione delle aree nelle quali vivono, è particolarmente complessa la fattispecie in cui il sottoscrittore del patto di collaborazione sia un'impresa o un gruppo di imprese. Se la regola generale è chiara (tali attività collaborative sono consentite solo se l'impresa non riceva vantaggi economici diretti o indiretti dall'operazione), non altrettanto pacifica ne è l'applicazione pratica. Come dimostrano infatti le grandi operazioni di sponsorizzazione (restauro del Colosseo, della fontana di Piazza di Spagna e di Piazza Farnese) anche esse oggettivamente sono dirette a curare un particolare tipo di bene comune che è il bene culturale⁴⁰. Diversa però è la finalità indirettamente speculativa dell'operazione che è, essenzialmente, da un lato quella pubblicitaria, dall'altro probabilmente di mantenere buoni rapporti con la classe politica statale o locale. E' quindi necessario che il potere locale (quello attualmente maggiormente interessato a sviluppare questi patti) accerti preventivamente la natura giuridica dell'operazione che si vuole porre in essere.

Un secondo tipo di percorso critico riguarda la potenziale incidenza del diritto europeo direttamente o indirettamente collegato alla materia dei contratti pubblici. Infatti non si può dare per risolta, a priori, la conformità di questa fattispecie alle regole sovranazionali, stabilendo semplicemente che, in caso di concorrenza, il patto verrà assegnato mediante una procedura di selezione trasparente ed imparziale basata sulla qualità del progetto assegnatario. Questa è indubbiamente una regola di buona amministrazione ma il suo fondamento postula la soluzione di un problema giuridico a priori: se in quel progetto la finalità si possa realizzare attraverso le regole del mercato e della concorrenza oppure se l'obiettivo di riqualificazione del bene comune sia direttamente relazionato al recupero della dignità della qualità della vita e quindi faccia premio sulla concorrenza stessa. Un esempio pratico può chiarire la differenza, salvo quanto si dirà infra sulla natura più profonda dei patti di collaborazione.

Per molto tempo nella legislazione nazionale (v. da ultimo d.P.R. n. 380 del 2001) non si erano sollevati problemi sulla circostanza e prassi consistente nella realizzazione diretta, a cura del concessionario, delle opere di urbanizzazione primaria (ed in qualche caso anche di talune opere di urbanizzazione secondaria) a scapito del c.d. contributo di urbanizzazione. Non vi è dubbio che tale disposizione coniugava due interessi di cui uno privato ed uno pubblico (il primo consistente nella possibilità di risparmio rispetto alla dazione monetaria; il secondo l'interesse pubblico all'ordinato sviluppo urbano in quelle aree). Eppure, anche in tale caso, attraverso una notissima sentenza della Corte di Giustizia del 12 luglio 2001, causa n. 399/98 (caso Bicocca) si è stabilito che tale soluzione violava il superiore principio di concorrenza e di libertà alla partecipazione alla realizzazione di opere pubbliche. La vicenda quindi è stata definitivamente chiusa con il primo ed il secondo

⁴⁰C. VERDE, *Il contratto di sponsorizzazione*, in *Quaderni della rassegna di diritto civile*, diretta da P. PERLINGIERI, Napoli, 1989

codice degli appalti pubblici che hanno privilegiato l'interesse alla concorrenza imponendo al titolare del permesso di costruire l'obbligo di gara entro soglie piuttosto basse.

Questo piccolo esempio pone dunque un grande problema che, come ha sottolineato la dottrina più recente⁴¹, riguarda l'intero rapporto tra regime dei beni comuni e regole del mercato.

Non vi è dubbio, ad avviso di chi scrive, che, per legittimare il crescente fenomeno dei patti di collaborazione anche di fronte al diritto europeo, bisogna dimostrarne la diversa natura giuridica e la diversa funzione.

3.1. La differenza di regime tra i patti di collaborazione, la negoziazione di tipo urbanistico, le altre fattispecie descritte nel codice dei contratti pubblici

A tal fine occorre interrogarsi sulla differenza concettuale di regime tra i patti di collaborazione e la negoziazione di tipo urbanistico⁴²; nonché stabilire il campo di applicazione dei patti, rispetto alle altre fattispecie descritte dal nuovo codice dei contratti pubblici quali gli interventi di cui all'articolo 189 del d.lgs. n. 50 del 2016 (qualificati di sussidiarietà orizzontale), il baratto⁴³ e anche una più ampia applicazione ed interpretazione del concetto del partenariato pubblico – pubblico⁴⁴.

Il primo problema sembra di più facile soluzione, nel senso che è abbastanza agevole distinguere, nel settore proprio degli interventi di recupero urbanistico– edilizio, tra negoziazione urbanistica, compresa la c.d. urbanistica solidale, ed i patti di collaborazione. Infatti nella c.d. negoziazione sociale non vi è un elemento di interesse collettivo costituente

⁴¹ G. F. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017, p. 164 e ss.

⁴² M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008, p. 158 e ss.; P. URBANI, *Urbanistica solidale*, Torino, 2011.

⁴³ F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio...cit.*, p. 224 il quale richiama gli articoli 189 (Interventi di sussidiarietà orizzontale) e 190 (Baratto amministrativo) del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. che sono stati qualificati nel parere del Consiglio di Stato n. 855 del 2016 come espressione di partenariato sociale osservando che (p. 225) <<L'armonia tra il codice dei contratti pubblici e i regolamenti per i beni comuni urbani è davvero complicata: infatti è chiaro che, laddove si verifici una piena sovrapposizione tra le diverse norme, i comuni dovrebbero privilegiare l'applicazione delle disposizioni legislative. Tuttavia, questa conclusione è contraddetta proprio dalla scelta del legislatore di inserire quelle disposizioni nel codice dei contratti pubblici e, in particolare, all'interno della parte IV, titolo I, dedicata ai partenariati pubblico privati>>. V. anche G. PIPERATA, *Rigenerare i beni e gli spazi della città: attori, regole e azioni*, in G. PIPERATA – E. FONTANARI (a cura di) *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017, p. 29 il quale ritiene che <<un esempio significativo del riconoscimento giuridico delle pratiche di re-cycle è rappresentato dal recente art. 190 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)>>.

⁴⁴ Sul partenariato pubblico-pubblico: C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul partenariato pubblico pubblico tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in www.pausania.it; ed in precedenza G.M. CARUSO, *La collaborazione contrattuale fra pubbliche amministrazioni. Unità e frammentazione della sfera pubblica fra logica del mercato e obiettivi di contenimento della spesa* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, Anno XXV – Fasc. 3-4, 2015, p. 775 e ss.; M. MAZZAMUTO, *Sul partenariato "pubblico-pubblico"*, in *Rass. giur. della sanità*, 2014, pp. 48-52; A. BARTOLINI, *Accordi organizzativi e diritto europeo: la cooperazione pubblico – pubblico (CPP) e la disciplina degli appalti*, in *Urb. e appalti*, 2013, p. 1260 e ss.

la finalità che guida l'intera operazione: esso può costituire eventualmente un risultato ma non un effetto giuridico tipico⁴⁵.

Viceversa, con riguardo al secondo problema, come è stato affermato⁴⁶: “l’armonia tra il codice dei contratti pubblici ed i regolamenti per i beni comuni urbani è davvero complicata: infatti è chiaro che, laddove si verifici una piena sovrapposizione tra le diverse norme, i Comuni dovrebbero privilegiare l’applicazione delle disposizioni legislative”. A tale chiara impostazione mi permetto di aggiungere che, quando i problemi sono di derivazione europea, vi è sempre il rischio di denunce per incompatibilità della disciplina nazionale con quella europea che, nei casi più gravi, sfociano in vere e proprie cause europee.

Si potrebbe ritenere che il problema sia risolvibile confinando i patti in un area microeconomica e/o microsociale, ma non si è certi che questa distinzione regga alla prova. Infatti non si può sottovalutare un problema sempre più grave per i pubblici poteri e cioè la mancanza di fondi da destinare agli investimenti in conseguenza delle rigide regole europee sull’equilibrio del bilancio pubblico che in Italia sono state recepite addirittura nella Costituzione e non solo nella norma fondamentale di finanza e contabilità pubblica (articolo 81) ma anche in quella altrettanto fondamentale riguardante la pubblica amministrazione (articolo 97 della Costituzione).

A ciò si aggiunga che la stessa esperienza dell’autofinanziamento di lavori ed opere pubbliche mediante la c.d. finanza di progetto, dopo un felice periodo di applicazione, è entrata in piena crisi.

Vi è poi un ulteriore problema, che incrocia i primi due: ed è quello della programmazione-progettazione globale urbanistica (ma anche architettonica) per il recupero delle città nel loro insieme e particolarmente dei centri storici⁴⁷. Rilevo infatti che, qualora dovesse essere definitivamente approvata la legge sul consumo dei suoli, le operazioni comunque denominate di recupero e di riuso – sia dei terreni che degli immobili – diventerebbero il nucleo duro della contemporanea politica urbanistica: e dovrebbero seguire regole ben precise anche se i decisori non si dovessero più uniformare alla nota definizione categoriale delle tipologie di interventi, a suo tempo introdotta dall’articolo 31 della legge 5 agosto 1978, n. 457 e sostanzialmente ripetuta nel D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 sull’edilizia.

⁴⁵ Sull'amministrazione di risultato, M. GIOIOSA, *Amministrazione di risultato e tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012; M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 825-849 e in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, 2008 pp. 337-351; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 e ss.; M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno di Palermo 27 – 28 febbraio 2003*, Torino, 2003; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

⁴⁶F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la gestione del territorio...cit.*, p. 225

⁴⁷ M.V. LUMETTI, *Il centro storico tra bene culturale e paesaggistico*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale (Studi dal XIX Convegno nazionale Bari-Matera, 30 settembre – 1 ottobre 2016)*, Milano, p. 369 e ss.; ed *ivi* anche A. SIMONATI, *La disciplina regionale dei centri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti*, p. 251 e ss.

Vi è infatti un punto fermo: ed è quello dell'obbligo di osservare i dettami della pianificazione urbanistica stessa, che, secondo la felice intuizione di Giannini⁴⁸, non produce solo un effetto vincolistico: ma anche un effetto di tipo conformativo dei beni e degli spazi comuni (come ormai codificato da numerosissime sentenze, anche molto recenti, della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio)⁴⁹.

4. Conclusioni: Potestà, situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità nella rigenerazione dei beni urbani attraverso patti di collaborazione.

Le conclusioni necessariamente provvisorie che sono qui proposte riguardano ovviamente solo le fattispecie strettamente attinenti alla rigenerazione urbana.

Infatti per tutti gli altri metodi di incontro tra esercizio di poteri pubblici e pretese nascenti da interessi privati, valgono le collaudate forme, da un lato dei provvedimenti amministrativi generali (cioè pianificazioni e standard); dall'altro degli accordi ex articolo 11 della legge sul procedimento amministrativo ovvero dei contratti ad evidenza pubblica sia attivi che passivi. Solo residualmente viene ammesso l'esercizio della c.d. capacità di diritto privato, in senso stretto, di cui all'articolo 1 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.

4.1. Una prima constatazione di carattere negativo ed escludente, completamente basata sull'ipotesi suggerita nei paragrafi precedenti è che non è possibile a mio avviso, inquadrare il rapporto giuridico dei patti di collaborazione nella classica dicotomia potere/interesse legittimo; oppure potere/diritto soggettivo.

Infatti il fondamentale che regge la fattispecie è quello della solidarietà applicato principalmente mediante la sussidiarietà orizzontale.

Una seconda conclusione: il patto di collaborazione è una fattispecie a formazione progressiva che non rientra nell'incontro di due volontà distinte quand'anche di tipo cooperativo. Non è quindi applicabile lo schema generale civilistico dell'accordo e del contratto di cui agli articoli 1321 e ss. c.c.

Si forma invece e progressivamente, un'unica volontà; nella quale la cittadinanza attiva, esponenziale del progetto, incontra l'approvazione dell'organo di rappresentanza politica locale. Alla osservazione secondo la quale la peculiarità della fattispecie consentirebbe di utilizzare la formula della c.d. capacità di diritto privato, ai sensi dell'articolo 1 bis della legge n. 241 del 1990, si deve obiettare che, nella fattispecie, si esercita una capacità giuridica sociale molto più vicina alle forme dell'autonomia collettiva che della autonomia privata nel senso stretto del termine.

In altri termini, gli elementi della partecipazione collettiva, non consentono la creazione di un sinallagma contrattuale; ma nemmeno dell'accordo di cui all'articolo 11 della legge n.

⁴⁸ M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 443 e ss.

⁴⁹ Ciò è tanto vero che, sempre più di frequente, la Corte di Cassazione (recentemente seguita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato) distingue caso per caso tra vincoli espropriativi e vincoli conformativi della proprietà privata con conseguenziale diversità di calcolo della eventuale indennità

241 del 1990, del quale rimane, come si è già scritto nelle pagine precedenti, solo la forma, ma non la sostanza.

In effetti l'accordo è oggettivamente pubblico e quindi richiama alla memoria l'articolo 15 della legge 7 agosto 1990 n.241 e s.m.i.⁵⁰

Ne consegue che non vi è spazio né per l'esercizio di un interesse legittimo, anche se di tipo collettivo o diffuso; né per l'esercizio delle facoltà proprie del diritto soggettivo inteso come diritto di credito ad una prestazione.

Vi è piuttosto da parte della cittadinanza attiva, l'esercizio di una potestà oggettivamente pubblica, quella di potersi riappropriare e gestire gli spazi di uso comune a fini generali e di beni comuni, che il degrado aveva reso inservibili alla fruizione della medesima collettività territoriale locale⁵¹.

D'altra parte una conferma autorevole sembra derivare dall'analisi del pertinente contenzioso amministrativo che si gioca più sul rispetto dei diritti dei terzi che sulla difesa delle situazioni giuridiche soggettive delle parti collaboranti⁵².

4.2. Tale connotazione muta anche la configurazione dell'esercizio del potere da parte dell'organo di governo dell'ente locale: più precisamente esso risulta qualcosa di più e qualcosa di meno rispetto alla tradizionale discrezionalità amministrativa: non è un caso che il patto non venga siglato dal dirigente competente al settore, come per gli accordi, ma dalla stessa Giunta comunale, principale organo di Governo, indirizzo e controllo dell'ente

⁵⁰ Sul modello del coordinamento per accordi, F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, *passim* ed in particolare p. 156 – 157. Sul coordinamento ibrido e le sinergie pubbliche e private *ibidem*, pp. 83 – 97; Sui metodi di coordinamento: F. GIGLIONI, *Governare per differenza – Metodi europei di coordinamento*, Pisa, 2012; v. anche, F. MIGLIARESE TAMBURINO, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, 1979.

⁵¹ G. F. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, p. 225 e ss.

⁵² Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, ordinanza n. 293 dell'11 settembre 2015 in www.giustiziamministrativa.it, con cui un comitato di cittadini residenti ha chiesto l'annullamento: << dell'ordinanza sindacale avente a oggetto la disciplina degli orari degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, degli esercizi di vicinato alimentari e dei laboratori alimentari situati nella c.d. zona universitaria (P.G. n.168895/2015), laddove dispone che "Sono fatte salve deroghe al sistema degli orari stabiliti alla presente ordinanza contenute nei patti di collaborazione di cui all'art.5 del vigente Regolamento Comunale sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani"; della deliberazione della Giunta comunale n.138 del 18.06.2015 (P:G: n.185658/2015) approvazione dello schema di patto di collaborazione per il superamento dei limiti agli orari di apertura previsti dall'ordinanza sindacale P.G. n.168895/2015 per i pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande situati nella c.d. zona universitaria; del Patto per la promozione "Zona Universitaria e Bene Comune del 19.06.2015 stipulato tra comune di Bologna Soha s.r.l., titolare del pubblico esercizio di somministrazione di alimenti e bevande denominato "Kaffeina Kaffe">> in relazione al quale il T.A.R. Emilia Romagna ha disposto: <<Rilevato, ad un primo esame in sede cautelare che non sussiste la probabilità di un esito favorevole della causa poiché il ricorso è diretto a contestare, nel merito, le scelte attinenti alle valutazioni discrezionali proprie dell'amministrazione, poste in essere per conciliare gli opposti interessi alla "vivibilità" della zona oggetto della regolamentazione e all'esercizio delle attività economiche ivi situate>>. Tale ordinanza è stata riformata dal Consiglio di Stato che ha dichiarato l'illegittimità dei patti di collaborazione.

locale⁵³. La prova più evidente della tesi qui sostenuta è costituita dalla natura politica della decisione della Giunta, quale organo generale di rappresentanza politica della comunità⁵⁴.

Un'ulteriore differenza con la discrezionalità amministrativa⁵⁵ risiede nella circostanza che non vi è margine per la scelta tra un interesse pubblico primario ed interessi pubblici o privati secondari; e nemmeno, come viceversa avviene nei piani urbanistici di recupero, una selezione tra interessi pubblici concorrenti, ed addirittura tra loro potenzialmente confliggenti. E' piuttosto una discrezionalità non costitutiva ma di "riconoscimento" delle situazioni giuridiche soggettive in capo alla collettività proponente: riconoscimento quale entità idonea a custodire, riutilizzare e gestire il bene o spazio di uso comune. Probabilmente essa si avvicina a quella esercitata nei procedimenti amministrativi dichiarativi⁵⁶, con la differenza che la certezza legale non viene creata direttamente dall'amministrazione ma è l'esito di una complessa fase di proposizione e condivisione di determinati obiettivi collettivi.

In altri termini, la pubblica amministrazione non interviene nella fase di produzione della fattispecie, ma solo nella fase di imputazione – riconoscimento attraverso l'esercizio della tipica potestà di rappresentanza politica a livello locale.

Riassuntivamente si deve in primo luogo rigorosamente accertare il "degrado" del bene o spazio comune, quale presupposto della legalità dell'intero intervento solidaristico collettivo.

4.3. Questo originale modo di rapportarsi tra amministrazione e cittadinanza attiva, pone anche delicatissimi problemi sul piano delle forme e regimi di responsabilità.

L'impostazione di una parte della dottrina di netta matrice privatistica⁵⁷ si attaglia benissimo ad altre forme di rigenerazione e riuso più tradizionali: quali il recupero urbano e dei centri storici, sia attraverso piani particolareggiati di iniziativa privata ed altre forme di negoziazione urbanistica, sia infine attraverso altre tipologie di accordi pubblico/privato, ovvero di concessioni e contratti ad evidenza pubblica.

⁵³ Costituisce un'eccezione il Comune dell'Aquila, che, all'articolo 9, prevede l'approvazione dei singoli patti di collaborazione dal Consiglio Comunale. Peraltro, in alcuni Comuni, il coinvolgimento della Giunta è limitato all'ipotesi del cambio di destinazione d'uso (Bari, Bologna, Civitavecchia, Reggio Calabria, Siena e Trento) mentre in altri Comuni è disposto senza specificare l'ipotesi della destinazione d'uso.

⁵⁴ Sulla differenza tra livello politico e livello giuridico delle deliberazioni amministrative v.: G. AMATO, *Rapporto tra norme primarie e secondarie: aspetti problematici*, Milano, 1962; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961, *passim*; ID. *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973.

⁵⁵ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, 1939, p.9 e ss.

⁵⁶ Sugli atti dichiarativi, M.S. GIANNINI, *I procedimenti dichiarativi*, in *Diritto amministrativo*, Milano, 1971, vol. II, p. 551 e ss.; P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano, 1996, *passim*; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, p.291 e ss.; A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, p.93 e ss.; F. FRACCHIA – M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione fra qualità e certezza*, Milano 2006, p.27 e ss.; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e certezze private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010.

⁵⁷R. TUCCILLO, *Rigenerazione dei beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità*. cit., pp. 89 – 115.

Ne consegue che l'eventuale fallimento del patto di collaborazione, comporta prima di tutto una responsabilità comune di natura eminentemente sociale; in disparte ovviamente rimanendo, l'eventuale responsabilità amministrativo – contabile che andrebbe in tal caso egualmente imputata sia ai soggetti proponenti che alla pubblica amministrazione approvante, secondo lo schema di responsabilità di connotazione pubblicistica e non privatistica ben noto alla Corte dei Conti e recentemente riaffermato nel codice di giustizia contabile⁵⁸.

Un ulteriore conseguenza del rifiuto dell'impostazione privatistica è che lo schema dell'articolo 2043 c.c. verrebbe invocato fuori luogo in questa fattispecie; come pure la responsabilità contrattuale da inadempimento delle obbligazioni ex articolo 1218 c.c.

Ci troviamo qui in un territorio di frontiera aperto verso il futuro, ma anche esposto alla tentazione di ricadere nel passato.

In questa fattispecie, come accade per altri strumenti del diritto dell'economia, il ruolo della regola giuridica è strumentale alla effettiva collaborazione e non ha una propria autonomia. Si deve adempiere ad un compito, non ad un obbligo, cioè ad un dovere di solidarietà: non vi è una sanzione, né una premialità; ma piuttosto l'obiettivo di rivitalizzare la dimensione sociale dell'essere umano attraverso la solidarietà.

Solo il futuro ci potrà confermare o smentire l'attuabilità pratica di questa esperienza. D'altra parte il problema dei patti di collaborazione non è che una delle tante evenienze che il ventunesimo secolo propone di fronte a logorati meccanismi di incontro tradizionale tra cittadinanza – società e politica.

Ne consegue che, qualora l'interesse egoistico della componente sociale, ovvero di quella politica, dovessero prendere il sopravvento, probabilmente i patti di collaborazione verrebbero riassorbiti nelle figure tradizionali; ed addirittura gli stessi regolamenti comunali potrebbero essere dichiarati illegittimi, perché privi di una copertura a livello di fonti del diritto primarie.

⁵⁸ Codice di giustizia contabile D. Lgs. 26 agosto 2016, n. 174 sul quale M. CLARICH – F. LUISO, A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente codice del processo avanti alla Corte dei Conti* in *Dir. proc. amm.*, 2016, n. 4, p. 1271 e ss.; R. PEPE, *Il diritto di difesa tra vecchio e nuovo processo contabile*, Padova, 2017.