

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

1

2018 • ANNO XXXIX
gennaio/marzo

CITTÀ E DIRITTO

DIRETTORE DELLA RIVISTA
Gianluca Gardini

COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)

Marcos Almeida Cerreda
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitaresse Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tommaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini
Josephine van Zeben

REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB
presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 - 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA
Francesca Paron
Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it

EDITORE
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)
tel. 0541.628111 – fax 0541.624887
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628242
Sito web: www.periodicimaggioli.it
E-mail: abbonamenti@maggioli.it
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008

Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale,
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA
Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Pubblicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824
Direttore responsabile: Stefano Aurighi

COMITATO DI REDAZIONE
Marina Caporale
Marzia De Donno
Giulia Massari
Anna Margherita Russo

 Regione Emilia-Romagna

 MAGGIOLI
EDITORE

Condizioni di abbonamento

*La quota di abbonamento
alla Rivista per il 2018
è di € 132,00 da versare
sul c.c. postale n. 31666589
intestato a Maggioli s.p.a.
– Periodici, Via del Carpino, 8
– 47822 Santarcangelo
di Romagna (RN).*

*La Rivista è disponibile
nelle migliori librerie.*

*Il prezzo di vendita per singoli
numeri è di € 35,00.*

*Il prezzo per ciascun fascicolo
arretrato è di € 39,00.*

*I prezzi suindicati si intendono
Iva inclusa.*

*La quota di abbonamento
alla Rivista in formato digitale
per il 2018 è di € 102,00.*

*L'abbonamento decorre
dal 1° gennaio
con diritto al ricevimento
dei fascicoli arretrati ed avrà
validità per un anno.*

*La Casa Editrice comunque,
al fine di garantire la continuità
del servizio, in mancanza
di esplicita revoca,
da comunicarsi in forma scritta
entro il trimestre seguente
alla scadenza dell'abbonamento,
si riserva di inviare il periodico
anche per il periodo successivo.*

*La disdetta non è comunque
valida se l'abbonato non è
in regola con i pagamenti.
Il rifiuto o la restituzione
dei fascicoli della Rivista
non costituiscono disdetta
dell'abbonamento a nessun
effetto.*

*I fascicoli non pervenuti possono
essere richiesti dall'abbonato non
oltre 20 giorni dopo la ricezione
del numero successivo.*



INDICE

SAGGI E ARTICOLI

- 5 Città e diritto. Brevi note su un tema complesso
Giulia Maria Labriola
- 29 Le città come ordinamento giuridico
Fabio Giglioni
- 75 La garantía de la autonomía local en el marco de las decisiones
de coordinación interadministrativa en España
Juan Carlos Covilla Martínez
- 105 Il debito pubblico tra giustizia intergenerazionale, princi-
pio di proporzionalità e diritti di autonomia
Leonardo Di Carlo
- 129 Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto ge-
nerale
Monica Cocconi

NOTE E COMMENTI

- 161 I centri storici quali critici punti d'incontro degli interessi
culturali e commerciali
Luca Di Giovanni
- 191 Le pouvoir d'abrogation et de retrait de l'acte administratif
et ses conséquences sur le contrat public
Sofia Gentiloni Silveri
- 207 L'interpretazione adeguatrice della legge rinforzata sull'e-
quilibrio di bilancio di Regioni ed Enti locali
Ramona Cavalli

LETTURE E SEGNALAZIONI

- 227 La fine dell'agricoltura contadina e il (lento) ritorno dei
 contadini. Una prospettiva interdisciplinare
 Luchino Ferraris
- 233 Table of contents and abstracts
- 237 Note sugli autori

Città e diritto. Brevi note su un tema complesso

Giulia Maria Labriola

*«È divenuto di gran moda, negli ultimi anni,
interrogare intellettuali e specialisti
su come sarà la città del prossimo millennio.
Fare previsioni intorno alla città del prossimo millennio
è ovviamente senza senso:
nessuno potrebbe farlo
con un minimo di attendibilità».*

Vittorio Gregotti, *Diciassette lettere sull'architettura*,
Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 130

Questo saggio analizza alcuni motivi della rinnovata attenzione dei giuristi nei confronti degli studi urbani. Le città costituiscono forme di vita associata dotate di un'intrinseca e irriducibile politicità, fin dalle origini. Questo carattere non è negato, ma al contrario esaltato dall'assetto globale dell'età contemporanea, nel quale le città rappresentano un sicuro e forse ultimo presidio di territorialità, dunque un centro di imputazione di diritti, pretese, garanzie. Come tali, sono al centro del nesso fra diritto e materialità dello spazio (sempre più pregiudicato, in altri contesti) e del nesso fra diritto e giustizia (all'interno e all'esterno del perimetro urbano). La riaffermazione di politiche pubbliche di governo del territorio, lo sviluppo di nuovi strumenti giuridici (partecipati) di pianificazione urbana, l'incremento della funzione di coordinamento fra enti territoriali e la costruzione di un'agenda urbana europea sono alcuni fra i profili di maggior rilievo che discendono da queste premesse.

1. La città come spazio politico: una premessa non scontata

«'City' is a word used to describe almost anything». La constatazione che apre un recente volume di Deyan Sudjic appare tanto laconica quanto condivisibile¹.

(1) D. SUDJIC, *The Language of Cities*, London, Penguin Books, 2017, p. 1.

Sotto il nome di città, sono oggi ricomprese realtà molto diverse fra loro, con una conseguente e inevitabile perdita di potere connotativo del concetto. In parte, questo costituisce un effetto paradossale dell'aumento esponenziale degli studi sulla città, negli ultimi due decenni, a livello globale. Per altro verso, tuttavia, ciò dipende dal tasso di complessità dell'oggetto di studio, che non è facilmente riducibile, oltre un certo grado. Del resto, una considerazione non del tutto dissimile costituiva l'*incipit* del saggio di Max Weber sulla città², che rappresenta uno sforzo complessivo di definizione che ha ancora oggi pochi eguali nella pur vasta letteratura in materia. La genesi incerta del trattato weberiano sulla città, la sua natura verosimilmente incompiuta e la collocazione all'interno di *Economia e società* ne hanno parzialmente ostacolato la discussione in forma autonoma, ma è sufficiente scorrerne la struttura per comprendere come al suo interno riposino alcuni degli elementi più significativi della riflessione contemporanea su questo tema: una discussione generale, tipologica, sulla categoria di città; l'indagine sul concetto politico-amministrativo di città; un articolato ragionamento sulle dicotomie città europea/città orientale e città antica/città medievale³.

Questi aspetti sono solo alcuni dei molti profili di rilievo del «fatto urbano»⁴, sufficienti tuttavia a ricordare come il dibattito contemporaneo si eserciti intorno a un fenomeno che appare di difficile definizione, spiegato nel tempo lungo della storia, caratterizzato da una diffusione e portata globali e, per giunta, attraversato da molti ambiti disciplinari. Urbanisti, architetti, sociologi, economisti, naturalmente giuristi: i saperi a vario e legittimo titolo coinvolti nel ripensamento della città partecipano alla discussione pubblica esercitando le rispettive metodologie, destinate a incontrarsi nella riflessione comune ma, anche, ad aumentare il tasso di entropia degli *urban studies*, ormai difficilmente governabili. Come se non bastassero la polisemia dell'oggetto e la multidisciplinarietà dell'approccio, la città costituisce la forma preminente dell'organizza-

(2) «Si può tentare di definire una "città" in modi molto diversi»: M. WEBER, *Economia e società. La città*, a cura di W. NIPPEL; edizione italiana a cura di M. Palma, Roma, Donzelli, 2016, p. 3.

(3) W. NIPPEL, *Introduzione*, in M. WEBER, *Economia e società. La città*, cit., pp. XXVIII-LVII.

(4) A. ROSSI, *L'architettura della città*, Venezia, Marsilio, 1966.

zione della vita di una percentuale sempre più ampia della popolazione mondiale, secondo una tendenza in costante e sostenuto aumento. L'attuale sviluppo del processo di urbanizzazione del mondo sembra condurci verso un «pianeta di cittadini»⁵, che chiede di essere governato in funzione di una sostenibilità ottimale⁶, ma che necessita soprattutto di essere compreso, nelle sue molte implicazioni.

Come sempre accade nei fenomeni sociali complessi, nella comprensione di questo processo rilevano elementi persistenti, per così dire strutturali, ed elementi contingenti, inestricabilmente legati al contesto storico attuale. Per una prima e parziale approssimazione, nell'accostamento alla città dal punto di vista della teoria del diritto sembra particolarmente opportuno isolare un elemento strutturale, che merita di essere riaffermato: la città deve intesa *in primis* come uno spazio politico⁷. La dimensione politica (quindi pubblica e, conseguentemente, regolata nelle forme del diritto) della città è magistralmente descritta, nella sua formazione aurorale, da Jean-Pierre Vernant, che parla in un passo molto celebre di un «universo spirituale della *polis*»⁸. Non si può dimenticare il monito di Momigliano, secondo il quale «*isolated metaphors do not make historical interpretations*», ma il ragionamento di Vernant si presta in modo molto appropriato alla rappresentazione del *topos*, certamente più complesso, della città intesa come spazio politico in un senso originario e fattore culturale capace di definire una comunità.

Le caratteristiche della *polis* greca, al suo apparire fra VIII e VII secolo a.C., sono descritte da Vernant in un plesso concettuale che si arti-

(5) J. VÉRON, *L'urbanisation du monde*, Paris, La Découverte, 2006, pp. 7-32.

(6) La sostenibilità di una spinta crescente verso un'urbanizzazione di portata globale è al centro della nuova agenda urbana elaborata in esito di Habitat III, conferenza delle Nazioni Unite su *Housing and sustainable Urban Development*, Quito, 17-20 ottobre 2016. Maggiori informazioni sono reperibili all'url: <http://habitat3.org/the-conference/about-habitat-3>. Per i temi che qui si discutono, molto significativi i *Quito papers*, presentati a margine della conferenza da Richard Sennet, Saskia Sassen e Ricky Burdett, accessibili attraverso questo link: <https://www.newyorker.com/business/currency/top-down-bottom-up-urban-design>.

(7) Alcune considerazioni sul tema sono in G. M. LABRIOLA, *Presentazione*, in Id. (a cura di), *La città come spazio politico. Tessuto urbano e corpo politico: crisi di una metafora*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. XLIII-LIV, cui mi permetto di rinviare.

(8) J.-P. VERNANT, *Le origini del pensiero greco*, Roma, Editori Riuniti, 1997 (1962), pp. 47-62.

cola in tre componenti: la preminenza del linguaggio (il *logos* come dimensione relazionale per eccellenza e quindi strumento di deliberazione politica), la piena pubblicità delle manifestazioni della vita sociale, l'edificazione del razionalismo politico della *polis* attraverso la redazione di leggi scritte.

La limpida ricostruzione della natura della città esposta in queste pagine, che in un certo senso preparano e contengono i noti *loci* platonici e aristotelici destinati a rappresentarla metaforicamente (su tutti, l'idea della *polis* come spazio politico perimetrato da mura), permette di evidenziare, seppure in modo approssimativo⁹, come la città antica (senz'altro quella espressa dal mondo greco) nasca come una precisa forma di organizzazione della vita collettiva, i cui caratteri si instaurano sul bisogno primario espresso dalla fondazione¹⁰, istituzionalizzandolo e stabilizzandolo.

Il fatto che questi caratteri (politicalità, pubblicità, giuridicità, seppure in senso lato) siano consustanziali alla dimensione urbana travalica il dato storico, perché deriva da un assetto difficilmente modificabile (dunque difficilmente negabile): quando si parla della forma urbana, non solo nell'ambito della città antica, «non si fa distinzione tra la città e la società: si tratta di una sola e stessa nozione». Émile Benveniste formulava questa considerazione riferendosi a una vasta area (occidentale) del mondo indoeuropeo, che usava indicare con lo stesso termine la città e la comunità, segnalando come i confini dell'una delimitassero l'altra, con una perfetta sovrapposizione fra campi semantici e perimetro fisico¹¹. Questo dato suscita una riflessione dalla portata ben più ampia del contesto cui appartiene, poiché è capace di descrivere in modo effica-

(9) A. MOMIGLIANO, *Quarto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 1969, p. 29.

(10) Sul carattere psicologico del mito della fondazione e sulla dimensione antropologica della città antica (qui, specialmente etrusco-romana), il riferimento principale è ancora al lavoro di J. RYKWERF, *L'idea di città. Antropologia della forma urbana nel mondo antico*, Milano, Adelphi, 2002 (1963), che sviluppa notevolmente (per alcuni aspetti in una prospettiva critica) il tema del sentimento religioso presente in un altro studio, ben più risalente e altrettanto classico: N.-D. FUSTEL DE COULANGES, *La città antica*, Firenze, Sansoni, 1972 (1864).

(11) É. BENVENISTE, *Città e comunità*, in ID., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, Einaudi, 2001 (1969), Vol. I (*Economia, parentela, società*), lib. III, cap. VI, p. 279.

ce il profondo legame sussistente fra la città e la collettività che la abita: una geografia umana storicamente data e dunque sostanzialmente irripetibile, della quale la città restituisce un ritratto¹².

Anche a quest'ordine di ragioni si deve l'inesausta fortuna delle metafore organicistiche che associano il corpo politico e la città, in particolare quando definiscono la compagine sociale sotto il segno unificatore della *civitas*. La *civitas* è in questo senso un luogo di derivazione classica, che attraverso sensibili trasformazioni storiche si propala nel tempo, acquisendo una precisa capacità connotativa persistente durante tutto il Medioevo¹³, giungendo fino alla piena modernità, anche sotto forma di espressioni idiomatiche del lessico politico (quali, ad esempio, il tessuto urbano). La percezione della natura paradigmatica del modello di città stabilito dal mondo greco-romano (nelle sue grandi esperienze storiche, non assimilabili ma stratificate, dal punto di vista della recezione) e la sua assoluta centralità nel forgiare gli statuti classici della cittadinanza non passano certamente attraverso il tempo come un dato immutabile e statico. Al contrario, sarà proprio la cultura medievale (giuridica, filosofica, letteraria, architettonica) a costruire questo paradigma, attraverso la riscoperta, la traduzione e l'interpretazione di alcune fonti¹⁴.

La città medievale contiene molti modi ed è difficile restituirne una rappresentazione sommaria: per indicare solo i più rilevanti, può essere intesa come organizzazione politica generale o come città determinata; si riferisce al *populus romanus* o all'impero universale; è declinata come spazio fisico entro le mura (*urbs*) o come insieme di cittadini (*civitas*). Tuttavia, l'elemento forse più significativo in questo contesto consiste nella sua organizzazione interna, che determina e rappresenta l'articolazione del corpo politico, al quale conferisce un assetto giuridico ben preciso: «è grazie alla stretta complementarità di ordine, dominio, corpo

(12) L'immagine del ritratto è evocata a più riprese in L. MUMFORD, *La città nella storia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963 (1961).

(13) Per una veloce campionatura di un tema vastissimo, P.B. ROSSI, «È da ritenere che l'anima sia come una città ben governata da leggi». Note sulla ricorrente analogia fra "civitas" e "corpo organico" nel Medioevo, in *Rivista di storia della filosofia*, 4, 2016, pp. 51-65. Sull'uso politico della metafora corporea nel Medioevo, anche in riferimento alla città, più diffusamente J. LE GOFF, *Il corpo nel Medioevo*. In collaborazione con N. Truong, Roma-Bari, Laterza, 2003.

(14) G. CAMBIANO, *Polis. Un modello per la cultura europea*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

che il linguaggio politico-giuridico medievale si rende capace di parlare della città, dei cittadini, della cittadinanza»¹⁵.

Nella parte finale di questa sintesi emerge con chiarezza un altro profilo, destinato ad assumere uno straordinario rilievo nella riflessione contemporanea: la città si presenta come condizione (non mero teatro) di cittadinanza, presupposto e titolo per l'accesso ai diritti che dallo *status* di cittadinanza discendono. La condivisione di un comune patrimonio giuridico è quindi una conseguenza diretta dell'appartenenza all'*ethos* urbano, al legame organico che unisce le parti e le imputa al corpo politico. Richard Sennet ha da ultimo individuato nel saggio di Weber sulla città, già ricordato, un modello paradigmatico di questa interpretazione: «for Weber, citizenship is not a universal condition; rights and powers are place-based. If you don't live in a place, you shouldn't have the right to say what happens there»¹⁶.

Prescindendo dalle implicazioni che questa premessa comporta, in termini di accesso ai diritti di cittadinanza nell'età contemporanea (su cui qualche considerazione sarà formulata *infra*), è bene sottolineare il fatto che da essa derivano l'unicità e tipicità di ogni *civitas* (nel duplice senso della comunità politica e del suo modo di organizzarsi nella città), tale che non esiste un tipo ideale di città, ma molte forme di vita urbana¹⁷. Ciascuna di queste forme è dotata di peculiarità che esigono di essere studiate attraverso un'analisi empirica e sono per loro natura difficili da standardizzare, nonché scarsamente disponibili a essere riprodotte come buone pratiche in ambienti urbani diversi da quelli di appartenenza (cioè a dire in comunità politiche radicalmente diverse fra loro), a meno che ciò non accada in contesti sostanzialmente omogenei. Quest'ultima osservazione contiene un importante requisito di comparabilità, strettamente connesso al profilo metodologico delle ricerche sulla/e città (un termine generico e amplissimo, che possiamo consapevolmente utilizzare come nome collettivo o poco più). Si tratta del resto

(15) P. COSTA, *Storia della cittadinanza in Europa. I. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza 1999, p. 13.

(16) R. SENNET, *Building and Dwelling. Ethics for the city*, Penguin, 2018, pp. 58-62; p. 60.

(17) M. CACCIARI, *La città*, Verrucchio, Pazzini, 2012.

di un requisito che si può considerare soddisfatto per la grande maggioranza delle città europee, che sono in linea generale assimilabili fra loro, ma rappresentano casi di studio strutturalmente diversi, ad esempio, dalle megalopoli (siano esse prodotte per conurbazione, come aveva pionieristicamente intuito Patrick Geddes¹⁸, o frutto di una progettazione senza storia¹⁹), le quali a loro volta saranno evidentemente perfettamente comparabili fra loro, all'interno della classe urbana, per così dire, alla quale appartengono.

Una simile avvertenza metodologica ha il pregio di mitigare le difficoltà di carattere teorico derivanti da «un rapporto mai componibile tra la singolarità delle esperienze storiche e il portato universale dell'esperienza cittadina»²⁰, suprema manifestazione della pluralità di sensi in cui il tema della città può essere declinato. Il precipitato finale (dal punto di osservazione dei giuristi) di questo delicato rapporto risiede nel fatto che ogni città è giuridicamente unica²¹, ma ciò non preclude necessariamente la possibilità di ricostruire alcuni caratteri della città contemporanea e degli individui che la abitano, con la legittima aspirazione di influire sul loro sviluppo congiunto. Al contrario, la sfida che l'impetuosa proliferazione degli *urban studies* propone consiste anche nella capacità, per il giurista, di ricondurre a un ragionamento il più possibile sistematico le innumerevoli sollecitazioni che gli provengono dal tema urbano, sintetizzandole. La sistematicità dell'analisi, alla luce di quanto fin qui osservato, non dovrebbe però discendere da un *esprit de système* dell'interprete, che può implicare il rischio di un'interpretazione potenzialmente manipolatrice della realtà fattuale esaminata, ma in modo più semplice (e più efficace) dalla selezione di oggetti di studio commensurabili fra loro. Se la città è la rappresentazione compiuta di un corpo

(18) P. GEDDES, *Città in evoluzione*, Milano, Il Saggiatore, 1970 (1915).

(19) La definizione di «*city without history*» per i tipici prodotti dell'*Asian urbanisation* si legge in T. VEREBES, *Towards a distinctive Urbanism. An interview with Kenneth Frampton*, in *Architectural Design*, 6, 2015, p. 26.

(20) V. NITRATO IZZO, *Gli spazi giuridici della città contemporanea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 21.

(21) J.-B. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Paris, LexisNexis, 2013, *Introduction*, p. 13 (una seconda edizione del volume è apparsa nel 2016).

politico, le città destinate a costituire l'oggetto dell'analisi dovrebbero essere espressione di un *ethos* politico comune.

Gli ostacoli più significativi che si oppongono a questo tentativo di ricostruzione e quindi di governo di alcuni *standard* urbani contemporanei non derivano in modo inevitabile, sembra di poter dire, dalla frammentarietà dell'oggetto, dal pluralismo metodologico o dalla vastità globale del fenomeno. Vi sono piuttosto ostacoli di altra portata, o meglio di natura diversa, particolarmente percepibili in tutti i processi che cooperano – con maggiore o minore consapevolezza – alla dissipazione (o negazione esplicita) del carattere politico del fatto urbano nel suo complesso.

L'idea che la città sia un *corpus* politico in senso ampio – quindi, come si è accennato, caratterizzato da forme pubbliche di decisione politica, assunte attraverso pratiche comunicative capaci di generare processi deliberativi di tipo razionale, infine regolato attraverso gli strumenti del diritto – va invece riaffermata come il presupposto di ogni ragionamento sulla città contemporanea. In questo modo non si intende negare la profonda trasformazione oggi in corso, né si pensa di rispondere alle conseguenze che essa genera attraverso la riproduzione di modelli tradizionali (peraltro esauriti dalla storia, com'è tipico del ciclo vitale di ogni fatto storico, compreso il fatto urbano) o ricorrendo alla sterilizzazione di un discorso complesso, popolato da attori plurali, nella mera dimensione della decisione normativa (che nella sua veste tradizionale risulta ormai largamente insoddisfacente, non solo nell'ambito urbano). La riaffermazione della politicità della città, un assunto non del tutto scontato, nel dibattito contemporaneo, non si candida a fungere da avamposto per posizioni teoriche dal gusto *rétro*, ma pone una questione pregiudiziale. Mira cioè a inscrivere la discussione pubblica su questo vastissimo tema entro una premessa teorica esplicita, già enunciata: l'idea che la città è politica, nel senso vasto e complesso di «universo spirituale della *polis*», o non è.

2. L'insularità della città nell'età contemporanea: alcune conseguenze

Verrebbe da chiedersi quale sia la necessità di una simile riaffermazione, che può sembrare tanto perentoria quanto debole, rispetto ai termini entro i quali il discorso pubblico sull'emergenza di un nuovo fron-

te urbano sembra incardinato. L'opportunità di sviluppare la riflessione sulla città muovendo dall'intrinseca e non surrogabile politicità della sua natura dipende principalmente dal fatto che la città contemporanea appare sospesa in una condizione di insularità, che la espone a essere attraversata da logiche privatistiche, economicistiche e securitarie. Logiche che si presentano piuttosto distanti dall'idea di un *ethos* politico comune o di universo spirituale della *polis*, con conseguenti e sensibili ricadute in termini di politiche e pratiche urbane, quindi di diritti. La condizione qui definita insulare è il prodotto di un insieme di fattori complessi, di diversa natura e portata, convergenti sulla città in un modo tale da modificarne notevolmente il ruolo, nel panorama delle istituzioni giuridiche. Un'ampia parte di questi fattori può essere inquadrata nel più vasto fenomeno della globalizzazione e, in misura maggiore, della post-globalizzazione. In ragione della sua natura esorbitante, espressa principalmente attraverso il superamento e la dissoluzione delle partizioni tradizionali dello spazio politico²², la prima stagione della globalizzazione ha prodotto un diritto «smisurato» e «sconfinato»²³, che non si limita a eccedere dal perimetro tradizionale dello Stato, ma tende piuttosto a emanciparsi dal presupposto materiale del territorio. In questo scenario, il grande protagonista della lunga stagione della modernità, lo Stato, è doppiamente esautorato: sembra destinato a essere dismesso rispetto alla sua funzione di limite del politico (nel duplice senso del confine materiale e del *katéchon*²⁴) e di sostrato materiale del giuridico.

Dal punto di vista delle città, questo processo di detronizzazione dello Stato ha apparentemente rappresentato un motivo di emancipazione, in un certo senso, rispetto alla compressione delle autonomie (non solo territoriali) esercitata dalla potente macchina statale, che nella sua stessa origine genetico-storica reca i segni di un accentramento mai del

(22) C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 133 ss.

(23) M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 68-69 (e relative note, per una bibliografia minima su un tema così vasto e studiato). Più diffusamente, Id., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

(24) Sul tema del potere che frena, contenendo, M. CACCIARI, *Il potere che frena. Saggio di teologia politica*, Milano, Adelphi, 2014, 7ª edizione.

tutto abbandonato²⁵. Non è del tutto casuale, del resto, che un'autentica pietra miliare in questi studi²⁶, che si deve alla prima generazione della scuola di sociologia urbana di Chicago, risalga all'inizio del Novecento, essendo di pochi anni successiva ai primi saggi sulla crisi dello Stato, che impegnano la scienza giuridica europea (con significativi e noti contributi da parte della dottrina italiana), sull'altra sponda del lago atlantico.

Ben al di là di un tradizionale quanto residuale sistema di relazioni fra gli Stati, si è progressivamente strutturata una rete di città integrate a livello globale²⁷, che sembra prescindere quasi del tutto dal ruolo degli attori giuridici tradizionali. Non è certamente casuale che uno degli eredi più originali e critici della scuola di sociologia urbana francese del XX secolo²⁸, Manuel Castells, abbia sviluppato un percorso di ricerca che lo ha condotto dall'analisi della questione urbana²⁹ allo studio della *network society*³⁰, nella quale le città rilevano principalmente come punti di intersezione di un flusso reticolare di dati e comunicazioni.

(25) Una vasta e acuta lettura del rapporto fra Stato moderno e città, nelle sue recenti trasformazioni, si trova in N. BRENNER, *New State spaces. Urban governance and the rescaling of Statehood*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

(26) R.E. PARK, E.W. BURGESS, R.D. MCKENZIE, *The City*, Chicago, University of Chicago Press, 1925.

(27) Sarebbe più corretto parlare di una rete di reti. Esistono *network* attivati da istituzioni pubbliche comunitarie o transnazionali, ad esempio quelli rivestiti di una funzione di armonizzazione delle politiche europee a supporto di obiettivi specifici, quali *Eurofund* per le politiche migratorie (<https://www.eurofound.europa.eu/clip-european-network-of-cities-for-local-integration-policies-for-migrants>) e *CIVITAS* per la mobilità urbana sostenibile (<http://civitas.eu/cities>), o *network* di *creative cities*, come quello attivato a partire dal 2004 dall'UNESCO, in cui la creatività è identificata quale fattore strategico per lo sviluppo urbano sostenibile, enunciato come globale, ma di fatto fin qui realizzato a livello euro-atlantico (<https://en.unesco.org/creative-cities/home>). A reti di carattere istituzionale si affiancano, com'è noto, le reti attivate da investitori privati, animati dai più diversi interessi, che costituiscono un catalogo virtualmente inesauribile. Per un riferimento complessivo, S. SASSEN (a cura di), *Global networks, linked Cities*, Routledge, 2002.

(28) Un riferimento d'obbligo, per quanto più che noto, si deve almeno agli studi di Henry Lefebvre: H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville*, Paris, Éditions Anthropos, 1968; ID., *La révolution urbaine*, Paris, Gallimard, 1970; ID., *La production de l'espace*, Paris, Anthropos, 1974.

(29) M. CASTELLS, *La question urbaine*, Paris, François Maspéro, 1972.

(30) M. CASTELLS, *The Informational City: Information Technology, Economic Restructuring, and the Urban Regional Process*, Blackwell, 1989; ID., *The rise of the network society*, Blackwell, 1996; ID. (a cura di, con P. HIMANEN), *Reconceptualizing development in the global information age*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

Il duplice motivo della de-statalizzazione e de-territorializzazione del diritto, tuttavia, non ha agito solo da presupposto e sfondo al processo di urbanizzazione del mondo: quando ha preteso di applicarsi alla dimensione urbana in modo diretto (ma spesso non esplicito), ha prodotto conseguenze sulle quali è opportuno riflettere.

Da un punto di vista teorico, il dissipamento di queste due categorie fondamentali della modernità giuridica ha indotto a ritenere che pensare la città senza lo Stato (un'opzione del tutto rispettabile ed esercitabile, sul piano della realizzazione pratica, anche se non agevole) equivallesse a pensare la città senza il diritto. Tuttavia, questo slittamento non è pacifico, né inevitabile, né condivisibile. Si tratta infatti di una tesi che contraddice in modo radicale il presupposto della natura originariamente politica della città (di ogni città in quanto tale, anche se in modo peculiare per ciascuna città intesa come esperienza storica, nel senso sopra chiarito), favorendo l'insorgere e il consolidamento di logiche già definite privatistiche ed economicistiche.

Recedere dall'idea che la città sia un corpo politico, provvista dei caratteri deducibili dal riferimento a Vernant, costituisce un presupposto essenziale per il conferimento del governo della città (non in senso formale, ma senz'altro da un punto di vista sostanziale) a forme di razionalità diverse da quelle del giuridico, in modo particolare a quel nuovo Prometeo finanziario che si è sostituito al capitalismo industriale di stampo tradizionale, soprattutto attraverso un processo di smaterializzazione ed emancipazione dal sistema di controlli istituzionali che erano stati tipici della fase storica precedente³¹. Le città, *insulae* ormai libere di navigare dopo avere apparentemente reciso l'istmo del legame secolare con lo Stato, rischiano di subire l'urto di forti correnti, delle quali non sempre è dato percepire origine e intensità. L'esito molto materiale di questi fluttuanti processi è, secondo i più acuti interpreti delle tendenze contemporanee dello sviluppo urbano, la fine della città³². O meglio,

(31) M. R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, Il Mulino, 2017, *passim* (spec. p. 20 ss.; p. 33 ss.).

(32) L. BENEVOLO, *La fine della città*. Intervista a cura di Francesco Ermani, Roma-Bari, Laterza, 2011, spec. pp. 147-150.

il tramonto della città pubblica³³. Il combinato disposto della presenza massiccia di investitori finanziariamente irresistibili, amministrazioni pubbliche deboli e involuzione della capacità di progettazione utopistica³⁴ dello spazio in funzione della collettività che lo abita ha prodotto una progressiva, inesorabile privatizzazione dell'ambiente urbano, una modalità che si presenta allo stesso tempo causa ed effetto dello snaturamento della sua dimensione schiettamente politica.

Numerosi indicatori testimoniano questo stato di fatto: la progressiva affermazione dell'architettura rispetto all'urbanistica³⁵, con la conseguente prevalenza di interventi insediati in modo parcellizzato sul territorio urbano, rispetto a interventi di tipo strutturale, che dovrebbero essere destinati alle funzioni sociali e collettive che pure vi si svolgono; la proliferazione di *landmarks*, rappresentati principalmente da edifici frutto

(33) F. ERBANI, *Il tramonto della città pubblica*, Roma-Bari, Laterza 2013. L'analisi (di taglio giornalistico) dedicata in queste pagine al caso di Roma è esemplare dei meccanismi (giuridici, economici, ma anche culturali) che hanno prodotto un esito amaro, destino condiviso da molte altre città italiane ed europee: «la città pubblica tramonta, quella privata prende il sopravvento»; p. 35.

(34) Alludo all'utopia nel senso settecentesco del termine, che implica una visione tanto audacemente riformista quanto concretamente realizzabile, com'è ricostruita da Franco Venturi in riferimento al garantismo penale di stampo illuministico, fra gli altri casi di studio. F. VENTURI, *Settecento riformatore. I. Da Muratori a Beccaria*, Torino, Einaudi, 1998. Secondo questa interpretazione, le proposte avanzate nel campo dell'architettura dall'utopismo settecentesco non hanno niente di irrealizzabile e gli attori che se ne rendono promotori si definiscono esplicitamente agenti politici. Così M. TAFURI, *Progetto e utopia. Introduzione di Franco Purini*, Roma-Bari, Laterza 2007 (1973), spec. p. 15 ss.

(35) Una semplificazione, che però illustra le conseguenze della dismissione dei grandi temi urbani da parte di quanti dovrebbero stimolarne l'elaborazione teorica e preservarne la circolazione nella discussione pubblica: «se la città è il luogo in cui si determinano le condizioni della vita civile e si misura il grado della democrazia, anche i filosofi si occupino di urbanistica». M. FAZIO, *Passato e futuro delle città. Processo all'architettura contemporanea*, Torino, Einaudi, 2000, p. 39. Si potrebbe in verità dire che i filosofi dovrebbero tornare a occuparsi di urbanistica, come hanno fatto, in senso lato, da Aristotele in poi; per parte loro, anche gli urbanisti sono ben consapevoli del fatto che «l'urbanistica è una parte della politica», L. BENEVOLO, *Le origini dell'urbanistica moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1985 (1963), p. 10.

di committenza privata³⁶, concepiti da *archistar*³⁷, realizzati per demolizione più che per rigenerazione³⁸ o rammendo³⁹ e scarsamente o affatto dialoganti con il tessuto urbano al quale dovrebbero appartenere⁴⁰; l'aumento esponenziale del consumo di territorio, in contesti già fortemente antropizzati e ad altissima densità di beni storico-artistici (il riferimento è sempre alla città media europea), a tutto svantaggio di risorse non inesauribili e non indipendenti dal destino delle città⁴¹, come

(36) Una pista ben precisa della letteratura giuridica della seconda metà del Novecento, in Italia e non solo, potrebbe essere riscritta stendendo una storia dei piani regolatori: annunciati, mancati, snaturati, sono atti politici per eccellenza (nel senso vasto del termine che si può dedurre da quanto osservato fin qui), dalle conseguenze incalcolabili per il territorio. Una rappresentazione divenuta ormai classica, in questo senso, è rappresentata da *Le mani sulla città*, di Francesco Rosi, che nel 1963 illustra il fenomeno in modo indelebile (per qualche riflessione d'autore, a quasi cinquant'anni di distanza dal film, F. Rosi, *Io lo chiamo cinematografo. Conversazione con Giuseppe Tornatore*, Milano, Mondadori, 2012). Rispetto alla vicenda narrata da Rosi, che parla di Napoli ma descrive un fenomeno diffuso, un aggiornamento non del tutto confortante si può leggere in V. DE LUCIA, *Napoli, promemoria. Storia e futuro di un progetto per la città*, prefazione di T. Montanari, Roma, Donzelli, 2018.

(37) Anche in questo caso, il neologismo (del quale si rivendica la paternità in G. LO RICCO, S. MICHELI, *Lo spettacolo dell'architettura. Profilo dell'archistar*®, Milano, Bruno Mondadori, 2003) vale in funzione esemplificatrice di un fenomeno di ben maggiore complessità, attinente alla trasformazione del ruolo sociale dell'architetto.

(38) Sulla natura e le implicazioni degli interventi di demolizione, rispetto a quelli di rigenerazione urbana, si esprime con forza chi osserva che «oggi il business non è costruire, ma distruggere» (F. LA CECLA, *Contro l'architettura*, Milano, Bollati Boringhieri, 2008, p. 39).

(39) Il rammendo delle periferie, inteso come ricucitura del tessuto urbano in un'ottica di recupero dell'esistente, limitazione del consumo di suolo e connessione centro/periferie, è una tendenza sempre più diffusa; in Italia e da ultimo, si segnala l'azione promossa da Renzo Piano, su cui maggiori informazioni sono reperibili all'url <http://renzopianog124.com/>.

(40) Il rapporto sembra compromesso non solo in termini di destinazione funzionale o accessibilità dell'edificio, ma perfino dal punto di vista della sua misura (virtù platonica per eccellenza, dalle profonde implicazioni; sul tema, una penetrante lettura in M. BONTEMPI, *L'icona e la città. Il lessico della misura nei dialoghi di Platone*, Milano, Vita e pensiero, 2009). Il modo di stare nella città di questi interventi talvolta sradicati è definito in modo polemico da Vittorio Gregotti nei termini della *bigness*, un fuori misura sproporzionato e del tutto autoreferenziale, che ferisce il contesto circostante. Si tratta, secondo Gregotti, della declinazione di una delle tre forme di rinuncia tipiche dell'architettura contemporanea: la rinuncia al disegno di trasformazione del presente, la rinuncia alla capacità di vedere piccolo, con precisione tra le cose, infine la rinuncia alla durata dell'opera di architettura come metafora di eternità. V. GREGOTTI, *Tre forme di architettura mancata*, Torino, Einaudi, 2010.

(41) Nell'ambito degli *urban studies* è stata del tutto superata la concezione tradizionale, tipicamente ottocentesca, secondo cui alla dicotomia città/campagna dovesse corrispondere una separazione dei piani ambiente urbano/ambiente naturale. Nel segno della progressiva realiz-

quelle naturalistiche e paesaggistiche⁴²; l'incremento di un atteggiamento di tipo predatorio nei confronti delle città storiche (un tema di rilievo europeo e in modo particolare italiano), sulla cui fragile eredità sembra consumarsi una quasi perfetta saldatura fra decremento dell'investimento pubblico a tutela del patrimonio materiale e immateriale che esse custodiscono e incremento dello sfruttamento economico (privato, in massima parte) del bene urbano (pubblico, o come sempre più spesso si osserva, comune)⁴³; l'approfondirsi del divario fra centro e periferie, in dimensioni urbane in cui l'efficienza delle infrastrutture e dei servizi pubblici locali (i trasporti, *in primis*) dovrebbero essere invece potenziate, in quanto veri e propri misuratori di giustizia territoriale⁴⁴; il trionfo dell'incompiuto⁴⁵, che rappresenta un manifesto tangibile e visibile

zazione della città post-industriale, appare condivisa e sempre più realizzata la prospettiva di una città come frontiera ecopolitana (secondo l'espressione di Aldo Rossi). Per alcune premesse teoriche di questo aspetto dello sviluppo delle forme urbane, A. TOURAINE, *La société post-industrielle*, Denoël, Paris 1969, nonché D. BELL, *The coming of post-industrial society: theory, myth and ideology*, Basic Books, New York, 1973 (due prestazioni ampiamente riprese, dopo l'iniziale fortuna, da Manuel Castells).

(42) Il paesaggio come prodotto culturale complesso, frutto dell'interazione con un ambiente naturale non inerte né dato, è il portato di una intensa attività di interpretazione del dettato costituzionale, fluido se non reticente; sul tema, si veda sempre F. MERUSI, *Commento all'art. 9 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1975. Per la «forma del territorio», quale risulta dall'insieme delle attività umane esercitate su un territorio, sempre da meditare la lettura di A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 503-531. Un recupero significativo di questa lezione si ha in P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, Donzelli, 2014, particolarmente rilevante sotto il profilo teorico della classificazione dei beni demaniali, ricondotto in modo critico alla riflessione sui beni comuni. Sulla stessa linea, S. SETTIS, *Paesaggio come bene comune*, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2013 e Id., *Architettura e democrazia*, Torino, Einaudi, 2017. Un'ottima rappresentazione complessiva (sintetica) del tema, sotto il profilo dello sviluppo storico e degli indirizzi recenti, si ricava in G. PIPERATA, *Paesaggio*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 243-284.

(43) Su questo complesso fenomeno, è emblematico quanto si osserva in S. SETTIS, *Se Venezia muore*, Torino, Einaudi, 2014. Per il caso specifico di Venezia, l'immagine più inoppugnabile dell'urgenza della riflessione sollecitata da Settis (che non si limita al solo caso di studio) è oggi cristallizzata in G. BERENGO GARDIN, *Venezia e le grandi navi*, Milano, Contrasto, 2015.

(44) K. MARTENS, *Transport justice. Designing fair transportation systems*, London, Routledge, 2017.

(45) Una potente rappresentazione della capillare presenza in Italia di opere pubbliche desolatamente incompiute, che risultano democraticamente distribuite su tutto il territorio nazionale,

dell'incapacità di una gestione virtuosa del territorio e delle risorse da parte delle amministrazioni locali.

Questi fenomeni, ai quali molti altri potrebbero essere aggiunti, costituiscono altrettanti indicatori della crisi della città come spazio politico in senso classico e non sono una prerogativa esclusiva di alcune città contemporanee, o di alcune aree territoriali: sono piuttosto sintomi di un fenomeno vasto per la portata e profondo per la sua capacità di trascendere il mero ambiente urbano. Un fenomeno che, come tale, non può lasciare indifferente la scienza giuridica che non intenda ignorare le esigenze manifestate in modo sempre più netto dalle città ribelli⁴⁶. Le ragioni, anche in questo caso, sono molteplici e complesse. Semplificando notevolmente, si può ricondurle al modo in cui si svolge la seconda globalizzazione, o, come taluni affermano più persuasivamente, la post-globalizzazione. Allo sconfinamento e alla de-materializzazione degli spazi politici, che come accennato avevano caratterizzato la globalizzazione nella sua prima fase, si sta progressivamente affiancando un movimento di ritorno, consistente in un diverso ma innegabile riassetto dei territori, che com'è stato ampiamente studiato ha il suo fulcro proprio nelle città⁴⁷. L'urbanizzazione del mondo, dunque, rappresenterebbe anche un'inevitabile tendenza alla riorganizzazione su base

si ha in un volume importante, che costituisce un autentico manifesto di iconologia politica, per la prospettiva che qui si adotta; il riferimento è ad ALTERAZIONI VIDEO, *Incompiuto. La nascita di uno stile. The birth of a style*, Milano, Humboldt, 2018. Alterazioni Video è un collettivo di artisti attivo dal 2004, formato da Paololuca Barbieri Marchi, Alberto Caffarelli, Matteo Erembourg, Andrea Masu e Giacomo Porfiri.

(46) Il riferimento è a D.W. HARVEY, *Città ribelli*, Milano, Il Saggiatore, 2013 (*Rebel Cities: from the right to the City to the Urban Revolution*, New York, Verso Books, 2012). Questo lavoro sviluppa ulteriormente una ben nota linea di ricerca, la cui prima formulazione risale alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, quando Harvey propose (in un articolo definito dallo stesso autore *foolish*, per la vastità dell'ambizione e la dimensione contenuta della sede) gli argomenti fondamentali a sostegno della connessione profonda fra capitalismo e sviluppo urbano (su cui, più diffusamente, si veda Id., *Consciousness and the urban experience: studies in the history and theory of capitalist urbanisation*, Baltimore, Johns Hopkins University, 1985): un legame che oggi può essere infranto proprio a partire dalla riappropriazione della dimensione urbana e dalla sua nuova pianificazione.

(47) S. SASSEN, *Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

territoriale (seppure non convenzionale) dello spazio geopolitico⁴⁸, un ritorno al territorio e alla materialità di un sistema di diritti che richiedono, per essere agiti ma anche per essere pensati, di un insediamento non immateriale.

3. Quale ruolo per il diritto: alcuni margini di riflessione

Da questa breve rassegna di alcuni profili del vasto dibattito sulla città contemporanea emergono diversi argomenti a sostegno della tesi di un recupero in senso forte della politicità della dimensione urbana, nel duplice senso della natura pubblica e dell'organizzazione giuridica⁴⁹. I rilevanti motivi originari, illustrati sinteticamente nel richiamo alla natura politica della città, e lo sviluppo attuale, per certi versi inedito, del fatto urbano suggeriscono che il governo della città non sia devoluto alle istanze sommariamente descritte, ma venga (nuovamente) affidato alla razionalità giuridica. Fra i diversi ordini di ragioni a sostegno di questa tesi, i più persuasivi concernono la natura intrinsecamente territoriale dei diritti di cittadinanza (accresciuta, come già rilevato, dalla crisi dello Stato e dall'ineffettività delle tutele dei diritti al mero livello globale), la speciale qualità di alcuni degli interessi meritevoli di tutela coinvolti (si pensi in modo particolare a quelli ambientali, non direttamente remunerativi e dunque virtualmente sacrificabili, in una logica puramente economicistica), la dimensione complessa delle politiche di sicurezza urbana (che nel loro profilo pubblicistico dovrebbero auspicabilmente garantire la compatibilità con i diritti di libertà tipici degli ordinamenti democratici e rendersi garanti di una città inclusiva, nel senso più vasto del termine, non meno che sicura).

(48) Sulla rinascita dell'interesse per la geopolitica (si potrebbe forse arrivare a dire sulla sua riabilitazione) e sui caratteri in parte inediti del concetto di spazio nel tempo presente (in modo particolare sotto il profilo della nuova dimensione aerea dello spazio), un libro recente offre analisi e soprattutto intuizioni piene di promesse; M. VEGETTI, *L'invenzione del globo. Spazio, potere, comunicazione nell'età dell'aria*, Torino, Einaudi, 2017.

(49) Il legame fra la città come spazio pubblico e luogo di insediamento dei *derechos ciudadanos* (una categoria che in questa lettura è destinata a sostituire espressamente quella di diritti umani) è alla base dell'interpretazione di Jordi Borja, specialmente in J. BORJA, *Revolución urbana y derechos ciudadanos*, Madrid, Alianza Editorial, 2013.

Questi motivi di riflessione, insieme a numerosi altri, sono ampiamente presenti nel dibattito internazionale sugli *urban studies*, ma non è inopportuno esplicitarne alcuni aspetti, particolarmente rilevanti sotto il profilo giuridico.

In tema di diritti di cittadinanza, una delle conseguenze dirette dell'ancoraggio territoriale che la dimensione urbana garantisce in modo rafforzato è rappresentata dal fatto, apparentemente banale ma nel contesto attuale fortemente escludente, che il cittadino sia titolare di diritti solo se effettivamente tale, a causa cioè del suo *status civitatis* (nel senso indicato da Pietro Costa). Ciò implica che la città media europea, per limitarci a una grandezza di riferimento culturalmente omogenea al suo interno e oggi in impetuosa trasformazione⁵⁰, sia di per sé presidio di territorialità e dispensatrice di diritti, garanzie, tutele: i due piani, com'è evidente, si intersecano in un modo tale da porre il territorio al centro del discorso giuridico. In questa prospettiva, anche l'irreversibilità della recisione del legame fra città e Stato moderno (o quel che ne rimane) appare più incerta di quanto non fosse sembrato, sullo sfondo di un certo riassetto del complesso rapporto Stato/territorio⁵¹. In termini espliciti, in un mondo globale povero di diritti e ricco di regimi di disuguaglianza, se l'appartenenza a un preciso ambito territoriale (il perimetro urbano) costituisce titolo di legittimazione ad avanzare pretese giuridicamente sostenibili e a ricevere prestazioni tipiche dei diritti sociali, è intuitivo comprendere che tale appartenenza formerà l'oggetto di appetiti inarrestabili. Questo, del resto, è precisamente ciò che sta accadendo in forme massicce, in diverse parti del mondo, *in primis* ai

(50) P. LE GALES, *Le retour des villes européennes? Sociétés urbaines, mondialisation, gouvernement et gouvernance*, Paris, Presses de Sciences Po, 2010.

(51) Sabino Cassese ha intuito e in parte indicato alcuni dei tratti di una tendenza in atto, che in questa circostanza sembrano mitigare l'inclinazione alla globalizzazione delle categorie del diritto, talvolta ritenuta pressoché inarrestabile. S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, Il Mulino, 2016. Sul tema, si ha una lettura ampia delle origini ottocentesche del rapporto costitutivo fra territorio e Stato e della severa trasformazione in atto nell'ultima stagione dello stato costituzionale in A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè, 2010. Da una prospettiva diversa, più espressamente volta a descrivere la configurazione contemporanea del territorio come categoria teorica dalle ricadute giuridiche, politiche e filosofiche, M. MOORE, *A political theory of territory*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

confini dell'Europa. Il legame sussistente fra urbanizzazione del mondo e flussi migratori riposa su questo assunto, semplice ma capace di generare notevoli conseguenze sulle politiche urbane delle città che sono oggetto di flussi migratori⁵². Una prima e non edificante reazione a questo fenomeno, da parte delle comunità politiche interessate (su base internazionale o statale, in massima parte), sembra essere consistita principalmente in preoccupanti pratiche di ridefinizione degli spazi politici: la zonizzazione, la militarizzazione dei confini, l'ergersi di muri sempre più escludenti. Questa tendenza globale realizza, incidentalmente, la funzione di perimetrare le città per separare i cittadini, che in quanto stabilmente insediati all'interno della *polis* godono dei suoi diritti, dai *barbari* che ne sono esclusi. Si tratta di un'impostazione di tipo securitario⁵³, che sta già influenzando incisivamente le politiche di governo del territorio nelle città europee, ma non sembra produrre gli effetti desiderati, né per chi gode di ampia protezione vivendo all'interno delle mura urbane⁵⁴ né, tantomeno, per chi preme dall'esterno, alla ricerca di una minima giustizia territoriale. La rinascita dell'idea di limite⁵⁵ e le questioni che le sono connesse evidenziano dunque un altro profilo di estremo interesse, per i giuristi: l'inserzione delle città all'interno di una dimensione giuridico-politica di tipo globale impone di ripensare giuridicamente le città non solo con riferimento alle politiche che si svolgono al loro interno, ma anche con uno sguardo aperto al loro esterno, un vasto campo in cui vive un mondo di disuguaglianze che

(52) Per una visione d'insieme, G. MARCONI, E. OSTANEL (a cura di), *The intercultural City. Migration, minorities and the management of diversity*, London, IB Tauris, 2014.

(53) Alle origini di un sentiero molto battuto, U. BECK, *La società del rischio*, Roma, Carocci, 2018 (1986).

(54) Su cui si possono apprezzare le intuizioni di Z. BAUMAN, *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli, 2014 (1999). In questo libro appare molto evidente come il confine esterno della dimensione urbana globalizzata non possa surrogare la povertà delle relazioni che si svolgono all'interno: l'assenza di una vita collettiva, capace di costruire un *ethos* comune (da cui la necessità di un ritorno all'*agorà*, nella vita delle città contemporanee), non fa che acuire il senso di isolamento.

(55) Ho sviluppato alcuni aspetti di questa tesi in G. M. LABRIOLA, *Muros y confines. Una reflexión sobre el renacimiento de la idea de límite*, in *SoftPower*, 4, 2017, pp. 121-137, <http://www.softpowerjournal.com/web/wp-content/uploads/2018/01/7-Labriola.pdf>, cui mi permetto di rinviare.

non ammette di essere ignorato ed è altrettanto rilevante, se non più rilevante, in termini giuridici.

La trasformazione della città contemporanea offre ai giuristi un ulteriore motivo di riflessione, che si potrebbe evocare ricorrendo a un'espressione sintetica, ma efficace: le città non sono luoghi élitari, ma teatri di democrazia⁵⁶; in una determinata accezione, lo sono sempre state, ma lo sono oggi ancor di più e spesso in modi non convenzionali. Il territorio urbano è attualmente lo spazio di campitura di uno scenario giuridico in parte inedito, perché non si limita ad essere il luogo di azione di forme giuridiche tradizionali, peraltro divenute più intense a causa del declino dello Stato, ma si candida sempre più a essere condizione di pensabilità di diritti nuovi: non solo esercitati nella città, ma in un certo senso costituiti dalla città. Come è stato brillantemente osservato, nello sviluppo del discorso urbano contemporaneo si assiste a una sorta di slittamento dal diritto della città al diritto alla città⁵⁷, che secondo certa letteratura⁵⁸ sta già costituendo la dimensione contemporanea della giuridicità, essendosi almeno in parte esaurito il pregiudizio in favore della statualità, tipico della modernità. Il diritto alla città, accezione non secondaria dello sviluppo molto recente del plesso concettuale elaborato da Hannah Arendt nei termini di «un diritto ad avere diritti»⁵⁹, rappresenta qualcosa di più e qualcosa di diverso dalla città come spazio giuridico. Descrive piuttosto un complesso teorico, ancora in fase di definizione, che allo stesso tempo contiene in una dimensione unitaria i diritti di stampo tradizionale che vengono agiti nel contesto urbano e ne forgia di nuovi (esclusivi di quel contesto), attraverso lo sviluppo di nuove pratiche deliberative. Il diritto alla salubrità dell'ambiente urbano, il diritto alla mobilità, il diritto all'inclusione, il diritto all'accessibilità degli spazi urbani, il diritto alla sicurezza (in combinato disposto, co-

(56) E. GLAESER, B. MILLETT STEINBEG, *Transforming cities: does urbanisation promote democratic change?*, in *Regional Studies*, 51, 2017, pp. 58-68.

(57) V. NITRATO IZZO, *Gli spazi giuridici della città contemporanea. Rappresentazioni e pratiche*, cit., spec. pp. 69-101. Si veda anche ID., *La città contemporanea e gli spazi del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2016, pp. 507-535.

(58) W. MAGNUSSON, *Politics of Urbanism. Seeing like a city*, London, Routledge, 2011.

(59) H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2004 (1951), p. 410.

me detto, con le misure atte a preservare l'espressione delle principali libertà fondamentali): un catalogo virtualmente inesauribile di nuovi diritti, tipici ed esclusivi della città, che richiedono forme di regolamentazione, sempre più spesso di tipo non convenzionale.

A questo riguardo, se è vero che la natura politica e democratica delle città suggerisce, quasi impone, che la vita che vi si svolge sia regolata nelle forme del diritto, è altrettanto innegabile che il diritto di cui si parla dovrebbe avere (come in effetti ha sempre più, nelle pratiche) caratteri parzialmente innovativi, soprattutto per quanto riguarda il processo di formazione della decisione politica. Dopo aver vissuto una profonda crisi dello spazio pubblico, che appartiene in senso lato ma non marginale a un tempo di ripensamento radicale della stessa nozione di spazio⁶⁰, l'urbano è sotto molti profili luogo di costruzione di lessici giuridici nuovi. In particolare, il diritto delle città contemporanee si costruisce ricorrendo a un insieme di strumenti di tipo stipulativo e partecipativo, più che tipicamente potestativo. La città è luogo di realizzazione della sussidiarietà orizzontale, di forme di collaborazione e cooperazione alla determinazione degli strumenti normativi atti al suo stesso governo ed è sempre più policentrica (fisicamente, ma soprattutto in senso figurato, perché genera una ripartizione diffusa del potere decisionale), secondo un modello di *urban collaborative governance* significativamente diffuso⁶¹. È più che noto che proprio l'ambiente urbano sia il luogo di sperimentazione originale di forme di costruzione del giuridico per certi aspetti inedite, sviluppate soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo, che più di altri rami del diritto esibisce una notevole capacità adat-

(60) Sinteticamente, ma con efficacia, M. VEGETTI, *La decostruzione del luogo. Spazio pubblico, cittadinanza, architettura in Derrida*, in Id. (a cura di), *Filosofie della metropoli. Spazio, potere, architettura nel pensiero del Novecento*, Roma, Carocci, 2009, p. 239 ss. Una più recente edizione del volume, la terza, è apparsa nel 2013.

(61) Tra i primi e fondativi studi, si veda ancora E. OSTROM, *Governing the commons. The evolution of institutions for collective action*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; per alcuni più recenti sviluppi nella riflessione e per una ricognizione delle pratiche generate dalla prospettiva dei *commons*, nell'ambito di un'ampia letteratura alcuni validi riferimenti si hanno in S. FOSTER, C. IAIONE, *The City as a Commons*, in *Yale Law & Policy Review*, 34, 2016, pp. 281-349; spec. p. 324 ss.; C. BORCH, M. KORNBURGER (a cura di), *Urban commons. Rethinking the City*, Routledge, 2015.

tativa ed espansiva al tempo stesso⁶², ma si può fin d'ora osservare che queste pratiche sono destinate fatalmente a estendersi alla scienza giuridica nel suo complesso, influenzandone i paradigmi in modo profondo. Il mondo del diritto risente sempre più della natura collegiale, ripartita, deliberativa e ampia del momento decisionale che precede la sintesi normativa e questo fenomeno ha nella città contemporanea un campo di sperimentazione di notevole interesse e crescente ampiezza, che può produrre una progressiva riduzione del *gap* fra le politiche e la città⁶³. Un altro aspetto rilevante per i giuristi è implicito nello statuto complesso dei diritti di cittadinanza, che non per caso nel dibattito giuspubblicistico sono costituiti secondo il doppio registro dei diritti (largamente prevalenti) e dei doveri (di minore ma non secondaria intensità) di cittadinanza: quest'ultimo profilo appare sempre più meritevole di sviluppo. Gli individui che vivono all'interno dell'ambiente urbano sono tradizionalmente identificati dall'ordinamento giuridico cui appartengono (e percepiscono se stessi) come titolari di diritti di cittadinanza, ai quali ritengono di poter accedere in vista dell'ottenimento di servizi, prestazioni, garanzie. La qualità molto intensa che lo *status* di cittadino ha assunto nella seconda fase della globalizzazione, tuttavia, suggerisce di ripensare la composizione di questa figura, non solo da un punto di vista strettamente tecnico-giuridico (com'è scontato che sia), ma in un senso culturalmente ampio. La vita nello spazio urbano non può essere percepita solo in termini di pretese da avanzare e prestazioni da ricevere, ma dovrebbe essere piuttosto vissuta con una profonda consapevolezza dei limiti, delle responsabilità, degli oneri che ciascun cittadino, in quanto

(62) A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Milano, Franco Angeli, 2018, p. 121 ss. I due caratteri qui citati sono riferiti ad altro contesto, in particolare al contributo del diritto amministrativo (nelle sue tradizioni nazionali) alla costruzione dell'ordinamento giuridico europeo. Si tratta però di due canoni particolarmente efficaci, nel descrivere le virtù plastiche e orientate alla prassi di quella parte del diritto che forse più di molte altre è chiamata a elaborare soluzioni nuove, per le pretese generate a vario titolo dalla città contemporanea.

(63) A. BALDUCCI, O. DE LEONARDIS, V. FEDELI (a cura di), *Mind the gap. Il distacco tra politiche e città*, Bologna, Il Mulino, 2018. Il volume presenta il *Terzo rapporto sulla città*, curato da Urban@it, Centro nazionale di studi per le politiche urbane. Particolarmente rilevante è la terza parte del rapporto, che traccia il quadro di una nuova stagione di politiche urbane, caratterizzata da nuovi attori e nuovi metodi, fra i quali una certa importanza è attribuita agli strumenti di tipo stipulativo (specialmente i *city deals*).

tale, ha su di sé: tanto in termini di fruizione dello spazio pubblico che in termini di tutela diffusa del patrimonio (culturale, sociale, ambientale) che vi insiste e in un certo senso vi è custodito. Sotto questo profilo, l'educazione alla cittadinanza è uno strumento utile per la costruzione di una coscienza civica destinata a dispiegarsi nel cittadino adulto, da conseguire attraverso prassi pedagogiche messe in campo nell'età (e nelle istituzioni: famiglia, scuola e università, associazionismo) evolutiva e della formazione.

Sotto questo profilo, la cittadinanza come problema pedagogico, tipica istanza della «pedagogia militante»⁶⁴, si presenta come una forma specifica e contemporanea di un principio originario delle democrazie moderne, lo stretto legame sussistente fra educazione e democrazia⁶⁵, al quale anche i giuristi dovrebbero prestare adeguata riflessione critica, quando ragionano di città come teatri di democrazia.

Il legame fra ambiente urbano contemporaneo e trasformazioni del modello democratico ha del resto molteplici declinazioni e si esprime anche sotto il profilo della crisi della democrazia (un luogo comune praticato quasi quanto quello della città contemporanea), nella duplice accezione della crisi dell'ideale democratico e della crisi delle sue istituzioni politiche: due profili non facilmente dissociabili.

La città contemporanea, proprio in quanto presidio di territorialità, plesso di nuovi diritti, laboratorio di *collaborative governance*, teatro di pedagogia politica e *habitat* di doveri di cittadinanza (per limitarci ai pochi tratti qui ricordati, fra i molti oggetto di dibattito nella vastissima letteratura in materia), si candida quasi naturalmente a costituire il fulcro di una rete di istituzioni locali, gruppi sociali, interessi economici. Una dimensione dalla complessità non irriducibile, ma che richiede di essere

(64) Sulla pedagogia militante e la sua connessione con il tema dei diritti e doveri di cittadinanza, un'esposizione ragionata del dibattito attualmente in corso nella letteratura pedagogica si trova in P. PERILLO, *Educazione metropolitana e pratiche di cittadinanza. La militanza educativa nella città come spazio politico*, in G. M. LABRIOLA (a cura di), *La città come spazio politico*, cit. pp. 433-488.

(65) Nei due ambiti coinvolti, due riferimenti classici e imprescindibili si hanno in A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Librairie de Charles Gosselin, 1840; J. DEWEY, *Democracy and education. An introduction to the philosophy of education*, The MacMillan Company, New York, 1916.

governata con i molteplici strumenti offerti dalle politiche di coordinamento, più che secondo una struttura tradizionalmente gerarchica (che si risolve, quasi inesorabilmente, in un assetto verticistico), ma senz'altro nella dimensione pubblicistica che è solidale all'idea di città come spazio politico dalla quale queste riflessioni hanno preso avvio.

Gli strumenti di coordinamento di cui la città contemporanea dispone (e disporrà in misura sempre maggiore), che sono giuridici ma come accennato di tipo nuovo, possono costituire la sintesi di un pluralismo che nell'ambiente urbano si esprime a vari livelli: al suo interno, per la molteplicità degli attori coinvolti, che richiedono e meritano di essere parte attiva nella costruzione delle politiche urbane; al suo esterno, per l'importanza strategica della funzione di raccordo fra Enti locali (nel senso di enti attivi sul territorio: un'accezione ampia, non strettamente tecnico-giuridica); infine, da un punto di vista metodologico, per la molteplicità dei saperi coinvolti nella progettazione dell'ambiente urbano e delle sue funzioni, che stimola il giurista a trascurare almeno temporaneamente l'impronta tecnico-specialistica che la sua scienza ha assunto, per dialogare con le altre scienze e culture coinvolte nella ridefinizione di uno spazio politico così strategico per individui e apparati collettivi⁶⁶. Proprio grazie all'apporto dei molteplici vettori di forza che la abitano e la trasformano, insieme alle caratteristiche che esibisce in questa fase della sua lunga evoluzione e al contesto (territoriale, nazionale, globale) in cui agisce, la città potrebbe e forse dovrebbe a buon titolo svolgere il ruolo tipico dei corpi intermedi, di cui nelle società democratiche contemporanee si avverte un forte *deficit*.

Questa tendenza evolutiva non viene segnalata nel segno di un'improbabile civiltà comunale post-globalizzata, ma come un modo molto concreto di realizzare il primato del pubblico e del giuridico nel governo della città, in modo sensibile ai regimi di disuguaglianza che vivono al di fuori del confine urbano e in accordo con le altre molteplici forze che agiscono entro il suo perimetro, con la legittima ambizione di go-

(66) M. FOUCAULT, *Spazi altri. I luoghi delle eterotopie*, a cura di Salvatore Vaccaro. Milano, Mimesis, 2001. I sei principi che misurano le eterotopie sono enunciati in *Des espaces austeres*, conferenza tenuta da Foucault il 14 marzo 1967 al *Cercle d'études architecturales* di Parigi, il cui testo è stato pubblicato nel 1984.

vernare entrambi, in una dimensione di respiro europeo, che è un ennesimo motivo di rilievo, non secondario. Nella difficile opera di armonizzazione del diritto comunitario, costantemente alla ricerca di principi comuni (in larga misura oggi elaborati in via giurisprudenziale) e di un *common core* del quale si stenta a definire i profili, la costruzione di un'agenda urbana europea si presenta come un valido contributo, non privo di difficoltà di realizzazione ma senz'altro ricco di prospettive.

Le città come ordinamento giuridico

Fabio Giglioni

Le città sono realtà in cui si registrano relazioni di notevole rilevanza giuridica, che solo in parte i giuristi osservano. Nell'articolo si mettono sotto osservazione rapporti giuridici che le autorità locali sviluppano con cittadini e collettività per il recupero e il riuso di beni e spazi urbani. Queste relazioni sono catalogate in cinque distinti modelli, per i quali l'autore analizza le caratteristiche giuridiche, le differenze, il rapporto tra queste esperienze e il diritto positivo e, infine, il regime disciplinare da adottare per la risoluzione di eventuali controversie. A conclusione del saggio, l'autore riparte dall'inizio e si chiede se le città possano avere un rilievo giuridico distinto dal ben più noto, da un punto di vista dello studioso del diritto amministrativo, concetto di Comune.

1. La prospettiva di interesse giuridico con cui guardare le città

Le città costituiscono realtà complesse espressive di relazioni con un altissimo potenziale di rilevanza giuridica. Sono, infatti, luoghi che sviluppano l'aggregazione funzionale delle attività dell'uomo, nonché accumulano e sedimentano i passaggi degli uomini e l'avvicendamento delle generazioni, custodendo e stratificando le trasformazioni del e nel tempo. Da questa densità di relazioni, rivisitate alla luce dei processi più recenti, prende avvio la possibilità di vedere nelle città la costituzione di un nuovo spazio giuridico: la crescita abnorme delle città, che si è verificata in modo esponenziale nell'ultimo secolo, si misura con l'impatto dei significativi cambiamenti che riguardano i processi produttivi e le rendite, le tecnologie e il mondo del lavoro, il ruolo delle istituzioni nella vita sociale dell'ultimo decennio, così che oggi la città si trova a fronteggiare fenomeni nuovi di abbandono e svuotamento funzionale. Lo sviluppo del tessuto urbano, inteso come conquista di nuovi vuo-

ti tesi a soddisfare esigenze funzionali¹, si scontra con evidenti segni di disinvestimento, di incuria, di perdita della fissazione di indirizzi pubblici stabili e duraturi².

Le città così, mentre continuano a espandersi, si svuotano, ponendo nuove questioni che riguardano il riuso di spazi e beni che hanno perduto la loro funzione originaria e che stentano a essere ricollocati in un contesto che nel frattempo è modificato, perché gli strumenti tradizionali di governo non avevano previsto una tale dinamica; erano pensati per governare l'espansione, con esiti peraltro comunque molto incerti, non per fronteggiare le perdite funzionali originariamente pensate³. Secondo dati forniti da ISTAT, è stimato intorno al 13% il numero di complessi di edifici urbani pubblici abbandonati su scala nazionale⁴; il dato, peraltro, deve essere sommato a quello testimoniato dai rapporti prodotti dalle associazioni rappresentative di categoria dei notai che di anno in anno registrano un numero crescente di soggetti privati che, specie nei contesti urbani, dichiarano di rinunciare all'esercizio dei diritti di proprietà⁵.

(1) Non a caso Mumford ha qualificato le città come organismi ameboidali, ovvero organismi che non sapendo produrre suddivisioni al proprio interno, come fanno ad esempio le cellule per crescere, rompono i propri confini estendendosi e defermandosi; cfr. L. MUMFORD, *The city in history. Its Origin, its transformations, and its prospects*, London, Secker&Warburg, 1961, p. 231. Di «città infinita» parlano gli autori del volume A. ABRUZZESE, A. BONOMI (a cura di), *La città infinita*, Milano, Mondadori, 2004.

(2) Una sintesi interessante di questi processi trasformativi delle città può essere trovata in F. GASTALDI, *Processi e politiche di rigenerazione urbana delle città europee*, in *Quad. reg.*, 1, 2009, p. 193 ss.

(3) Il punto è ribadito in modo convincente da Boscolo: cfr. E. BOSCOLO, *Il superamento del modello pianificatorio tradizionale*, in *Amministrare*, 2008, p. 325 ss.; ID., *Il suolo quale matrice ambientale e bene comune: il diritto di fronte alla diversificazione della funzione pianificatoria*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, Es, 2013, vol. II, p. 1101 ss.; ID., *Nuove dimensioni della pianificazione comunale*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 143 ss.

(4) Il dato fa riferimento all'ultimo censimento disponibile sugli edifici che risale al 2015.

(5) Particolarmente interessanti da questo punto di vista due studi pubblicati dal Consiglio nazionale del notariato: il n. 406/2017, curato da MARIA TERESA LIGOZZI, relativamente a *La renunzia all'eredità del chiamato possessore* e il n. 216/2014, curato da MARCO BELLINIA, relativo a *La renunzia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*.

Con queste dinamiche e con questi processi il diritto urbanistico ha cominciato a fare i conti già dagli anni Ottanta e Novanta dello scorso secolo attraverso i programmi di riqualificazione e quelli di recupero in funzione di integrazione degli strumenti di pianificazione, tanto da essere coniata una nuova funzione, quella di gestione del territorio⁶. Si tratta, tuttavia, di processi che hanno seguito il solco già tracciato di regolazione dei regimi proprietari e che hanno utilizzato – in modo anche fantasioso – la mobilità dei diritti edificatori attraverso le perequazioni, cosicché il risultato finale è che questi nuovi strumenti, nati per proteggere e riattivare l'esistente, hanno finito per produrre una complessiva “alterazione dell'esistente” in una dinamica che ha continuato la direzione espansiva del tessuto urbano⁷.

In questo modo, queste politiche di rigenerazione non hanno di fatto conseguito gli obiettivi che ne erano alle origini e, soprattutto, hanno attinto a un bagaglio degli attrezzi che è sostanzialmente quello tradizionale definito attraverso strumenti legislativi o altri strumenti normati-

(6) Per approfondimenti ulteriori si vedano le analisi di P. OTRANTO, *Rigenerazione delle aree degradate e patrimonio culturale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, p. 1869 ss.; P. CHIRULLI, *La pianificazione tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, in *Riv. giur. urb.*, 4, II, 2015, p. 592 ss.; F. GUALANDI, *Dallo «jus aedificandi» allo «jus restituendi» (inteso come diritto di recuperare, rigenerare e sostituire l'esistente). Riflessioni sulla rigenerazione urbana*, in *Giustamir.it*, 2014; T. BONETTI, *Urbanistica per progetti: i programmi complessi*, in M.A. CABIDDU (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 228 ss.; P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 148-184. P. URBANI, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011; E. BOSCOLO, *Le regole per lo spazio urbano: dal piano regolatore alle politiche urbane*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, P. URBANI (a cura di), *Il governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 355 ss.; P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, p. 40 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Verso l'urbanistica consensuale*, in P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 5 ss.; G. TULUMELLO, *Profili teorici e problematiche applicative della disciplina delle attività di recupero edilizio ed urbanistico*, in *Riv. giur. ed.*, II, 1991, p. 33 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1985, p. 386 ss.; P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, Giuffrè, 1984.

(7) Sugli esiti deludenti di queste esperienze si veda recentemente A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, Napoli, Es, 2018, pp. 56-61. Resta una lettura fondamentale su queste dinamiche il lavoro di P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, cit. Cfr. anche S. VILLAMENA, *Programmi integrati di intervento: osservazioni su requisiti generali ed efficacia*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Sicurezza del territorio. Pianificazione e depianificazione*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 247 ss.

vi da questi ultimi derivati. In questo senso, dunque, non è l'urbanistica la prospettiva scelta in questo studio per ricercare un diritto delle città⁸.

2. Lo spazio giuridico creato dalle città

Accanto a questo tipo di reazioni dei poteri pubblici di fronte alle nuove sfide, altre, più recenti, si sono sviluppate⁹. Sono quelle che concernono esperienze e pratiche, perlopiù informali, cioè nate fuori da percorsi giuridici canonici, riconosciuti e formalizzati, che ugualmente sono preordinate a determinare il riuso e la rigenerazione di beni e spazi urbani per migliorare o preservare la qualità della vita¹⁰. Ne sono un esempio gli interventi per il decoro urbano, la gestione di spazi verdi lasciati in degrado, la rigenerazione di spazi ed edifici che hanno perso la loro destinazione originaria, ma anche il recupero di spazi culturali come cinema e teatri, il recupero di beni sottratti alla criminalità organizzata, la riqualificazione delle aree de-industrializzate, l'uso in senso artistico di beni in degrado¹¹. Sono processi che hanno la caratteristica

(8) Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Territorio e politiche locali*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 537-539, che, a questo proposito, discrimina l'urbanistica dalle politiche urbane, inserendo in queste seconde le scelte di adottare politiche autonome per la tutela dell'ambiente, la cura del territorio o per i diritti fondamentali. Negli stessi termini anche E. BOSCOLO, *Le regole per lo spazio urbano: dal piano regolatore alle politiche urbane*, cit.

(9) Si è parlato correttamente di reazione alla «fragilità», definendo così i tempi di crisi che hanno percorso i poteri pubblici in generale e quelli locali in modo particolare; cfr. A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, in Id. (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 5-7.

(10) Cfr. R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, II, 2014, p. 249, il quale osserva che le azioni di rigenerazione sono mosse dalla cittadinanza per riaffermare il proprio diritto alla qualità della vita. Si veda anche, però, lo studio di Auby che in qualche modo aveva anticipato la sua opera monografica già citata: J.-B. AUBY, *Espace public, espaces publics*, in *Dr. Admi.*, 2009, p. 7 ss. Ne accenna anche V. ANTONELLI, *Ripensare la democrazia locale per riformare le autonomie locali*, in G.C. DE MARTIN, F. MERLONI (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, Roma, Luiss University Press, 2017, p. 50. Si veda da ultimo anche T. BONETTI, *La riforma urbanistica in Emilia-Romagna tra presente e futuro*, in *questa Rivista*, 3, 2017, p. 710.

(11) Si tratta di interventi che sono «mappati» e osservati su oramai numerosi siti di organizzazioni sociali e culturali. Di recente è stato pubblicato anche un libro che raccoglie alcune di queste storie: C. ANDORLINI, L. BIZZARRI, L. LORUSSO (a cura di), *Leggere la rigenerazione urbana. Storie da "dentro" le esperienze*, Pisa, Pacini, 2017.

di non agire sulla “parte dura” delle città, ma sulle abilitazioni funzionali di ordine sociale, riscrivendo le funzioni in modo dinamico¹². Rispetto a queste situazioni di fatto, in molti casi prodotte senza un percorso riconosciuto preliminarmente da atti legislativi, le autorità di governo sempre meno ricorrono a soluzioni che prevedano la riappropriazione con gli strumenti tradizionali, mentre sempre più sperimentano forme di riconnessione delle esperienze meramente sociali dentro una cornice giuridica accettabile per un ordinamento fondato sul diritto positivo. Queste sperimentazioni sono interessanti perché permettono di recuperare un profilo delle esperienze giuridiche delle città che sembrava perduto, ovvero la loro dimensione comunitaria, oltre che statutale¹³. Le città, cioè, come ricordato già da uno studioso americano¹⁴, non sono solo “creature degli Stati”, che è invece la consueta visione in cui sono state ricondotte dopo la formazione degli ordinamenti statuali, ma anche “creature delle comunità” di cui si fanno rappresentanti.

Questa sottolineatura appare di grande interesse se affiancata ad altre interpretazioni elaborate intorno a concetti espressi da altri studiosi del diritto pubblico. Tra questi merita di essere ricordato proprio quello di cui da poco è ricorso il centenario dalla prima pubblicazione, *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano; il quale, interrogandosi sulla natura degli ordinamenti, mostrava come accanto ad ordinamenti originari ed ordinamenti derivati, si registrano nell'esperienza giuridica gli ordinamenti che sono in parte originari e in parte derivati, individuando proprio nei Comuni questa tipologia specifica¹⁵. I Comuni, quindi, co-

(12) Con specifico riferimento alla tutela del paesaggio sono interessanti i rilievi presenti in G.F. CARTEI, *Autonomia locale e pianificazione del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2013, p. 703 ss.

(13) Cfr. N. BLOMLEY, *What a Sort of Legal Space is a City?*, in A. MUBI BRIGHENTI (a cura di), *Urban Interstices. The Aesthetics and the Politics of the In-between*, Oxon, Abgate, 2013, p. 1 ss., il quale mette in luce la compresenza dentro un unico ordinamento di più spazi giuridici che vivono più o meno conflittualmente, all'interno dei quali quella città presenta un particolare interesse per rintracciare la coesistenza del pluralismo giuridico.

(14) Si veda, infatti, G. FRUG, *The City as a Legal Concept*, in *Har. Law Rev.*, 93, 1980, p. 1059 ss. Dello stesso autore si veda anche *City Making*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 152. La città come comunità è un concetto ripreso anche recentemente per valorizzare alcune dinamiche locali che altrimenti resterebbero senza ragionevole spiegazione: cfr. R.C. SHRAGGER, *The political economy of city power*, in *Har. Law Rev.*, 44, 2017, pp. 114-124.

(15) Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, II ed., 1945, pp. 115-116.

me forma di ordinamenti parzialmente derivati e parzialmente originari, sembrano esprimere valutazioni accostabili a quelle dello studioso americano, prima ricordato. Più recentemente, peraltro, lo scritto dell'insigne giurista è stato citato da chi ha definito il Comune come entità di formazione naturale «non perché lo sia in quanto tale (...), ma perché in esso trovano il loro ente (...) esponenziale, sul piano politico, e per determinati profili sul piano giuridico, le diverse comunità (queste sì, naturali) formate al suo interno»¹⁶.

È in questo senso, dunque, che si ricercano i fondamenti di un ordinamento intorno alle città: la ricerca non è finalizzata a contrapporre ordinamenti indipendenti e sovrani che hanno legittimazione diversa, perché le città sono anche ordinamenti derivati, ma semmai, per dirla con Alberto Romano, ordinamenti di cui si riconosce la complessità normativa e amministrativa che si confrontano pur all'interno di un ordine unico¹⁷, che è quello innanzitutto costituzionale.

Se si assume questa prospettiva, dunque, le città sono viste non solamente come terminali di politiche scelte da centri diversi e connessi, ma come espressione sintetica delle comunità e, in quanto tali, capaci anche di concedere forza giuridica a esperienze che apparentemente sembrerebbero non averle.

In fondo l'accentuazione di questo aspetto del collegamento delle città alla comunità riflette anche un percorso che l'ordinamento italiano ha

(16) Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 139.

(17) Cfr. A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. disc. pub.*, II, 1987, p. 32, il quale, riferendosi al concetto di autonomia delle amministrazioni, pone una distinzione tra autonomia intesa come spazio di libertà, compresa nell'unico ordinamento statale, e autonomia come relazione tra ordinamenti: in questo secondo caso, appunto, si assiste a un confronto che è dentro un unico ordine ma con le complessità normative e amministrative differenziate, mentre nel primo le distinzioni non si riproducono sull'azione che resta quella definita da chi determina l'ordine unitario. Si veda in termini analoghi anche F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie, contestualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in F. PUGLIESE, E. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro nella pianificazione urbanistica*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 71-72. Simili considerazioni sono espresse anche da R. CAVALLO PERIN, *Beyond the Municipality: the City, its Rights and its Rites*, in *It. Jour. Pub. Law*, 2, 2013, pp. 311-313, che considera la città un ordinamento nell'ordinamento con la sua capacità di essere il punto di riferimento di organizzazioni sociali, professionali e culturali che completano l'attività più strettamente istituzionale. Sulla capacità delle città di imprimere una forza reale, talvolta di resistenza, a condizioni dinamiche fattuali si veda anche F. CORTESI, *Le infrastrutture per le città*, in *Munus*, 2014, pp. 76-79.

cercato di compiere, sia pure non senza qualche contraddizione e arresto, a partire dal 1990, quando ha reso il Comune ente a competenza generale, a cui è affidata la cura degli interessi della comunità, attraverso, in particolar modo, la valorizzazione del principio di sussidiarietà¹⁸. Eppure, questo processo non è stato a lungo sufficiente per considerare di rilevanza giuridica alcune pratiche sociali che si sono diffuse nei contesti urbani per restituire beni e spazi in disuso a finalità di interesse generale. Di fatto il mancato collegamento di queste esperienze con la legalità, intesa quale corrispondenza formale alla legge quale fonte del diritto, ha continuato a collocare tali esperienze nell'ambito dell'irrilevanza giuridica¹⁹. In questo modo, però, non si è reso un servizio al diritto e si è perpetrata invece la convinzione che le regole siano espressione solo della legge, producendo così due effetti viziosi: ignorare l'origine sociale del diritto²⁰ e, ancor di più, ignorare o considerare forse

(18) Valga per tutti il saggio di R. BIN, *Gli enti locali tra sussidiarietà, adeguatezza e comunità*, in R. BIN, L. COEN (a cura di), *Il sistema delle autonomie locali tra efficienza amministrativa e rappresentanza della comunità*, Padova, Cleup, 2010, p. 21 ss., il quale descrive la parabola della disciplina degli Enti locali a partire dalle riforme degli anni Novanta enfatizzando il ruolo delle autonomie locali che, tuttavia, si scontra con politiche di progressiva centralizzazione che la crisi economica e finanziaria ha prodotto. Si veda anche M. CAMELLI, *Governo delle città: profili istituzionali*, in G. DEMATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Venezia, Marsilio, 2012, p. 342 ss., il quale sottolinea come fattore di emancipazione delle politiche delle città quello che chiama l'«interiorizzazione», che consente alle autonomie locali di sviluppare partenariati pubblico-privati innovativi. Per una rassegna critica delle vicende che hanno riguardato l'autonomia (tradita) degli Enti locali si veda F. MERLONI, *Riforme (necessarie) del sistema amministrativo e garanzia dell'autonomia locale tra principi costituzionali e Carta europea delle autonomie locali*, in G.C. DE MARTIN, F. MERLONI (a cura di), *Per autonomie responsabili. Proposte per l'Italia e l'Europa*, cit., p. 21 ss.

(19) Giannini, tuttavia, già sottolineava come il principio di legalità, al di fuori del rapporto autorità-libertà, è in sostanza inoperante; cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, I, 89. In termini simili si pronuncia anche F. MANGANARO, *Il principio di autonomia*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 262, il quale a proposito delle autonomie locali richiama l'applicazione del principio di legalità quale esigenza di far valere la responsabilità invece della conformità dell'amministrazione invece della conformità. Ancora lo stesso autore in F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 50-51.

(20) Sono, da questo punto di vista, ricche di spunti le riflessioni sviluppate a più riprese da Paolo Grossi sul valore di primigenio inizio dell'esperienza sociale in quella giuridica; cfr. P. GROSSI, *Oltre il soggettivismo giuridico moderno*, in *Lectio magistralis* tenuta a Piacenza il 27 febbraio 2007, Università Cattolica del Sacro Cuore, 2007, par. 8. Analogamente con riferimento proprio a quanto avviene nelle città si veda G.M. LABRIOLA, *Nuovi spazi, nuovi diritti*, in Id. (a cura di), *Filosofia, politica, diritto. Scritti in onore di Francesco M. De Sanctis*, Napoli, Es, 2014, pp. 284-287.

meno rilevante la capacità delle amministrazioni, quelle locali in modo particolare, di porre regole, nuove regole²¹. Di fronte alle trasformazioni ordinamentali contemporanee, che vedono un significativo accrescimento degli apparati esecutivi, tale approccio si rivela inadeguato, perché, come correttamente ha scritto Piperata, occuparsi delle pratiche sociali di rigenerazione non «rigenera solo la città, ma anche il diritto che di essa si occupa»²².

3. *Le trasformazioni delle città attraverso il diritto informale*

Sulla base di queste premesse lo studio procederà secondo la determinazione di alcuni modelli di relazione che coinvolgono le istituzioni pubbliche e in cui nei contesti locali si dà vita a esperienze e sperimentazioni di origine sociale ma che hanno anche una valenza giuridica, per poi riassumerne le caratteristiche essenziali e verificare le ricadute più generali e le condizioni entro cui possono trovare piena legittimazione²³. Nella presentazione di questi modelli si procederà secondo una graduazione crescente di avvicinamento al diritto formale, volendo con questo sostenere che si comincerà col presentare il modello di relazione giuridica meno disposto al recepimento formale per finire con quello che invece stabilisce un collegamento più solido. I modelli individuati in questa sede sono cinque e sono così denominati: quello della tolleranza, quello del riconoscimento, quello della qualificazione giuridica innovativa, quello dei patti di collaborazione e, infine, quello del riuso dei beni in transizione.

(21) Le regole, infatti, – ci viene ricordato – non sono solo quelle prodotte dalle norme generali e astratte, tipiche delle leggi e dei regolamenti normativi, ma sono anche quelle prodotte dalle amministrazioni, che presentano una natura profondamente diversa: cfr. M. CAMMELLI, *Re-cycle: pratiche urbane e innovazione amministrativa per ricomporre le città*, in E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda RE-CYCLE*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 53-54.

(22) Si veda G. PIPERATA, *Rigenerare i beni e gli spazi della città: attori, regole e azioni*, in E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda RE-CYCLE*, cit., p. 23.

(23) In questo scritto la descrizione dei modelli sarà più sintetica di quella descritta in F. GIGLIONI, *Order without Law in the Experience of Italian Cities*, in *It. Jour. Pub. Law*, 2, 2017, p. 291 ss. e Id., *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. ed.*, II, 2018, p. 3 ss.

3.1. *Il modello della tolleranza*

Il primo modello allude a quelle circostanze nelle quali la rigenerazione a fini di interesse generale di spazi e beni urbani è operata da cittadini, singoli o associati, e anche in forma di impresa, senza che l'azione compiuta sia stata precedentemente autorizzata dai competenti organi di governo locale. Sono circostanze nelle quali opere meritorie e a favore della comunità sono compiute senza titoli di legittimazione preventivamente rilasciati ma che le autorità locali tollerano. Di solito sono interventi che avvengono in centri urbani di limitate dimensioni in cui la conoscenza reciproca degli abitanti crea un clima di fiducia e rispetto che favorisce tali soluzioni, ma non mancano esperienze simili anche negli Enti locali di dimensioni maggiori e neppure nelle grandi città.

In altre circostanze, dove è più controverso il contributo all'interesse generale che le iniziative dei cittadini compiono, la relazione giuridica diventa più incerta e, se l'iniziativa assunta non è clandestina, obbliga le autorità pubbliche, comprese quelle di pubblica sicurezza, a intervenire per far cessare le condizioni di illegalità. Talvolta, peraltro, l'azione di questi soggetti avviene in violazione di diritti di terzi, che reclamano così l'intervento delle autorità pubbliche. Eppure, anche in queste circostanze sono frequenti gli interventi delle autorità locali che svolgono azioni di mediazione tra chi agisce senza titolo preventivo, chi rivendica l'esercizio di diritti violati e le autorità di sicurezza pubblica, chiamate a far rispettare la legge violata²⁴. Queste condizioni non di rado presenti nelle città mostrano come una situazione sorta lontana da percorsi di legittimità riconosciuti e, perfino, in piena violazione di legge non si risolve automaticamente nell'applicazione del diritto formale, ma conosca soluzioni di compromesso sia pure necessariamente instabili e non durature. È inevitabile, infatti, che queste condizioni devono essere ri-

(24) Ne è un chiaro esempio l'art. 11, l. n. 48 del 2017, che subordina l'intervento di sgombero del Prefetto a un processo di graduazione in cui sono in gioco diversi interessi che l'Autorità prefettizia deve tenere in considerazione, pur in presenza costante di un obbligo ad agire. Nel merito, tuttavia, va segnalata la recente circolare del Ministero degli interni del 1° settembre 2018 che, a fronte di un accrescimento di condanne al risarcimento a carico del Ministero degli interni per casi di inerzia a eseguire richieste di sgombero, sembra tesa a disporre un diverso atteggiamento delle autorità di sicurezza, meno indulgente alla ponderazione degli interessi pubblici e dell'ordine pubblico.

solte o ripristinando la legalità violata pregressa all'azione compiuta o tramutando quella esperienza in una nuova sostenibile in termini di diritto formale²⁵.

Il punto di interesse, tuttavia, è rappresentato dal fatto che anche in circostanze così estreme possono essere trovate soluzioni di mediazione che non prevedono necessariamente l'applicazione del diritto formale legale e ci sono peraltro esperienze in cui la mediazione esercitata dagli Enti locali non si limita solo a ritardare o a favorire una soluzione che sia la meno traumatica dal punto di vista sociale, ma si sostanzia anche di servizi con cui i cittadini che hanno svolto l'iniziativa per interesse generale sono sollevati da alcuni obblighi (la restituzione degli spazi e dei beni in buono stato, la pulizia delle aree, gli oneri delle utenze, ecc.). Si pensi, ad esempio, alle azioni compiute da cittadini e associazioni per garantire alloggi od ospitalità a stranieri presenti sul territorio privi di adeguata assistenza o anche al caso delle persone rom che vivono spesso in aree non adeguatamente attrezzate o perfino in violazione di precise destinazioni alternative delle aree stesse. Ma identiche situazioni possono verificarsi in quei casi in cui i cittadini occupano spazi di capannoni o infrastrutture industriali abbandonati, producendo servizi di innovazione sociale, forme originali di attività lavorativa cooperativa o producendo attività artistiche e culturali di interesse talvolta perfino mondiale: anche in queste circostanze, se le condizioni iniziali di informalità non sono incanalate entro percorsi accettabili di legalità formale, la relazione giuridica difficilmente potrà continuare a sussistere, ma la questione giuridica di interesse è: fino a quando tale condizione viene tollerata o, perfino, in modo tenue sostenuta, è giusto considerare questa condizione irrilevante per il diritto? In altre parole, la condizione di tolleranza non afferma, sia pure in modo necessariamente provvisorio, una qualche regola di coesistenza di una condizione informale di diritto?

(25) I casi, peraltro, in cui condizioni originarie di violazione di diritti si risolvono in situazioni di accettabile sostenibilità giuridica, anche quando sono in gioco diritti di proprietà, non sono per nulla irrilevanti, specie se il bene oggetto di appropriazione senza titolo è in stato di abbandono e in disuso. Cfr. E. BATTELLI, *Le occupazioni culturali: un'altra chiave di lettura*, in *www.labsus.org*, 2018.

In un famoso studio Ellickson²⁶, indagando sull'applicazione delle regole in una specifica contea degli Stati Uniti d'America, ebbe a rilevare che l'osservazione della risoluzione delle controversie tra cittadini e autorità pubbliche ha permesso di evidenziare cinque categorie di regole, tra cui quella del *controller-selecting rules*, secondo cui al decisore responsabile di un certo ordine sociale sarebbe rimessa la valutazione di quali regole applicare al caso concreto per assicurare il miglior ordine sociale. Nei modelli di tolleranza i Comuni applicano regole di *enforcement*, sia pure provvisoriamente, diverse da quelle che richiederebbe la legalità formale.

3.2. *Il modello del riconoscimento*

Il modello del riconoscimento raccoglie tutte quelle esperienze che, sebbene anch'esse originate da percorsi non canonizzati, hanno trovato, anche in forma provvisoria, un riconoscimento esplicito del valore sociale da parte dell'ente territoriale di governo locale. Questo riconoscimento, anche se temporaneo, è in grado di resistere a pretese di ordine formale legale fino a quando le cause che avevano consentito il riconoscimento non sono cessate. Tale tipo di esperienze è quello che si verifica ogni volta che le città, in presenza di ampi fenomeni sociali incontrollati di occupazione di beni e spazi pubblici abbandonati, decide che, anziché rivendicarne la riappropriazione, sia preferibile riconoscerne il valore sociale di utilità generale in via provvisoria, laddove ricorrano talune circostanze, in attesa di una regolamentazione generale che ponga certezza a situazioni di questo tipo. Ebbene, quel riconoscimento, che può avvenire con atti di concessione temporanea, può produrre effetti prolungati anche se, scaduti i termini, vengano rivendicati altri usi, almeno fino a quando non si dimostri che il valore sociale alla base del primo riconoscimento sia venuto meno.

Una serie di sentenze della giustizia contabile riguardanti la città di Roma negli ultimi due anni appare particolarmente emblematica di questo

(26) R.C. ELICKSON, *Order without Law. How Neighbors Settle Disputes*, London, Harvard University Press, 1991, pp. 134-136, secondo il quale una delle cinque categorie di regole che si trovano in ogni ordinamento è quella del *controller-selecting rules* (le altre sarebbero: *substantive rules*, *remedial rules*, *procedural rules* e *constitutive rules*).

modello²⁷. In queste sentenze il giudice contabile ha respinto la richiesta di risarcimento a carico di dirigenti dell'amministrazione comunale che non avevano esercitato i pieni diritti dell'ente proprietario, una volta che la concessione temporanea di uso a beneficio di associazioni che ne erano entrate in possesso in modo informale fosse cessata. Da queste sentenze emerge con significativo interesse un indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale la mera ragione formale relativa alla scadenza del titolo concessorio, opposta dal Procuratore generale, non prevale sulla riconosciuta valenza sociale che era alla base del rilascio dello stesso, così da produrre il risultato che un'attività di ordine informale è in grado, a certe condizioni, di resistere al diritto formale²⁸.

Il modello del riconoscimento è diverso da quello di tolleranza perché è basato su una valutazione espressa in un atto formale che, ancorché scaduto, può produrre effetti validi ultronei. D'altra parte questa differenza sembra aderire all'indirizzo giurisprudenziale consolidato della giustizia amministrativa negativo nei confronti di tutte le pretese che in-

(27) Si vedano, ad esempio, le sentenze della Corte dei conti, sez. Lazio, 18 aprile 2017, n. 76 e 77, già commentate in F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, cit., p. 11. Successivamente la Corte ha ribadito tale indirizzo: cfr. Corte dei conti, sez. Lazio, 29 gennaio 2018, n. 52. Esiti simili sono riconducibili anche a un'altra sentenza con cui la Corte dei conti ha ribaltato il giudizio di primo in grado, non considerando responsabili alcuni dirigenti del Comune di Roma che non avevano dato seguito alla scadenza formale di una concessione per fini di utilità sociale. In questo caso il giudice contabile ha osservato che l'obiezione di carattere solo formale avanzata dal Procuratore generale non teneva adeguatamente conto del fatto che tale comportamento da parte dei dirigenti non arrecava comunque danno erariale all'ente pubblico, dal momento che il bene, essendo indisponibile e vincolato a fini di utilità generale, non avrebbe potuto avere comunque una destinazione diversa con le conseguenti ricadute sull'applicazione del ridotto canone di locazione. Cfr. Corte dei conti, sez. III, 19 settembre 2017, n. 456.

(28) Un caso diverso, ma ugualmente interessante ai fini delle valutazioni che si stanno qui conducendo, è quello relativo alla sentenza Corte dei conti, sez. Molise, 31 gennaio 2017, n. 12. La vicenda era relativa alla concessione in comodato d'uso di un immobile pubblico a una cooperativa composta da giovani avente sede nel Comune interessato. Anche in questo caso il Procuratore generale lamentava il danno erariale prodotto dal mancato uso diverso che si sarebbe dovuto determinare seguendo le ordinarie regole della concessione attraverso lo strumento della gara. Ebbene, il giudice contabile non accede a tale ipotesi e considera la concessione gratuita in via diretta come chiaramente finalizzata a tutelare l'occupazione e a garantire finalità di ordine sociale, meritevoli comunque di protezione, dal momento che il Comune ha così perseguito un fine di sviluppo e cura del territorio caratterizzato da un alto livello di disoccupazione. È interessante il passaggio argomentativo sviluppato nel punto 10 della motivazione della sentenza, dove il giudice chiaramente sostiene che, pur essendo vero che in tal modo il Comune abbia *forzato la legge*, il danno derivato risulta compensato dall'utilità sociale della scelta.

tendano riconoscere titoli concessori in forma tacita: se, allora, la concessione, ancorché provvisoria, è stata rilasciata in modo esplicito, il ragionamento del giudice contabile può essere considerato coerente con quello consolidato del giudice amministrativo.

La conferma proviene da un recente e interessante caso giurisprudenziale, riguardante l'isola di Poveglia nel veneziano, in cui il giudice amministrativo ha considerato illegittimo il rifiuto di concedere l'uso temporaneo di un bene demaniale per difetto di motivazione, dal momento che l'amministrazione si era limitata a sostenere che altre destinazioni di quel bene avrebbero potuto essere prese in considerazione²⁹. Il giudice, pur non accedendo alla richiesta del ricorrente di disporre in sostituzione la concessione del bene a fini di interesse generale in ragione della discrezionalità del decisore pubblico, ha altresì riconosciuto che una motivazione generica fondata sulla prospettiva di altre ipotesi di destinazione del bene non appare adeguata a stabilire le ragioni giuridiche e di fatto che hanno indotto l'amministrazione a opporre rifiuto, anche perché la temporaneità dell'uso del bene richiesto in concessione non avrebbe precluso in modo definitivo altre destinazioni.

Dunque si può ricavare da questi casi un atteggiamento di attenzione della giurisprudenza verso il riconoscimento formale del valore sociale dell'uso di un bene sia per affermarne la resistenza a pretese contrarie, fondate sul diritto formale, sia per richiedere una rigorosa motivazione nel caso di rifiuto, anche laddove si versi in una situazione di piena discrezionalità della pubblica amministrazione³⁰.

Infine, forme implicite di riconoscimento sono da ricondurre in tutti quei casi in cui le occupazioni di beni e spazi si protraggono nel tempo senza che il legittimo titolare del bene, privato o pubblico, ne rivendichi il possesso. Queste condizioni che delineano un disinteresse materiale da parte di eventuali proprietari privati o forme perfino di acquiescenza

(29) Caso Poveglia, TAR Veneto, 8 marzo 2018, n. 273.

(30) Similmente possono essere considerate quelle sentenze in cui il giudice considera illegittimo il comportamento inerte dell'amministrazione rispetto a richieste di utilizzazione di beni pubblici da parte di soggetti dotati di situazione giuridica soggettiva qualificata positivamente, ricorrendo a un uso alternativo tramite bando; cfr. il caso valutato da B. TONOLETTI, *Il governo dei beni pubblici e funzione amministrativa*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le proprietà pubbliche. Tutela, valorizzazione e gestione*, Napoli, Es, 2016, pp. 17-18.

da parte del proprietario pubblico, suffragata ad esempio dal sostegno parziale degli oneri economici, finiscono per realizzare condizioni che la giurisprudenza valorizza come lecite³¹.

3.3. *Il modello della qualificazione giuridica innovativa*

Il terzo modello è quello fondato sulla qualificazione originale di alcuni beni da cui discendono diritti di gestione a determinate collettività sociali. Il modello di riferimento in questo caso è quello verificatosi negli ultimi anni nella città di Napoli, dove il Comune con specifiche delibere ha qualificato taluni beni come «beni ad uso civico urbano», da cui è disceso il diritto di alcune collettività sociali di determinare l'uso del bene garantendone una fruizione condivisa con chiunque ne faccia richiesta³². La qualifica menzionata è di fatto inesistente nell'ordinamento giuridico formale e rappresenta una categoria del tutto innovativa, sebbene individuata con una delibera comunale formale³³.

In questo caso il bene è rimesso alle scelte della collettività sociale che lo gestisce, rispetto alla quale la città di Napoli esige solamente che le determinazioni dell'uso del bene avvengano con procedure assembleari che consentano a tutti gli interessati di partecipare e che la fruizione del bene sia assicurata a tutti. Il Comune si fa garante nei confronti di tutti i cittadini sull'uso a fini generali del bene, ma assicura piena autonomia gestionale alle collettività di uso civico formate e ne sostiene in parte anche i costi, assicurando una riduzione degli oneri di utenza. In questo caso la città favorisce le collettività civiche e garantisce il loro corretto uso nei confronti di terzi.

(31) Un caso interessante è stato recentemente risolto in questi termini dalla Corte di cassazione, che ha giudicato infondata la pretesa avanzata di sequestro preventivo di un bene pubblico occupato alla luce della constatazione del lungo periodo durante il quale l'occupazione ha avuto luogo e del sostegno garantito dal Comune con l'accollo delle spese di utenza: cfr. Cass., sez. pen., 10 agosto 2018, n. 38483.

(32) Il caso più noto, da cui ha poi preso sviluppo la diffusione di una serie di delibere simili, è quello dell'ex Asilo Filangieri, che con delibera comunale n. 893 del 2015 è stato definito, appunto, bene ad uso civico urbano, affidandolo così a una collettività che ne garantisce la gestione in modo aperto, partecipato e democratico per garantire un riuso a fini culturali e ricreativi.

(33) Cfr. G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, ETS, 2017, pp. 38-41; C. IAIONE, *The Right to the Co-City*, in *It. Jour. Pub. Law*, 2017, p. 80 ss.; A. FLORA, *Le città meridionali tra crisi, riconversione produttiva e rigenerazione urbana*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2018, p. 113 ss.

La soluzione ideata, passando per l'elaborazione di una categoria giuridica sconosciuta al diritto formale, non deve essere assimilata a quella della concessione: costituisce, viceversa, un'originale e diversa soluzione di diritto informale innovativo che ha alla base, comunque, una delibera del Consiglio comunale.

3.4. *Il modello dei patti di collaborazione*

Il quarto modello è quello dei patti di collaborazione che, a loro volta, risultano essere gli accordi attraverso i quali l'amministrazione comunale e i cittadini, singoli o associati, applicano il regolamento per i beni comuni urbani che più di centosettanta Comuni hanno approvato in Italia, dopo il primo adottato nel 2014 dal Comune di Bologna. Si tratta di un'esperienza piuttosto diffusa sul territorio nazionale e che ha ormai trovato un'ampia attenzione dalla dottrina italiana³⁴. I patti di collaborazione consentono alle parti, i cittadini, da un lato, e l'amministrazione, dall'altro, di concordare una serie di interventi su beni pubblici o

(34) In merito si rinvia al sito di Labsus che contiene una quantità abbondante di informazioni: www.labsus.org. Per una rassegna ragionata anche se non più aggiornata si rinvia al *Rapporto Labsus 2015 sull'amministrazione condivisa dei beni comuni*, rintracciabile nel sito omologo. Per i commenti della dottrina su questi regolamenti si vedano A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., pp. 138-149; R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *questa Rivista*, 3, 2017, pp. 640-641; G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., pp. 41-45; E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., p. 15 ss.; F. DI LASCIO, *Spazi urbani e processi di rigenerazione condivisa*, *ivi*, p. 65 ss.; R. TUCCILLO, *Rigenerazione dei beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità*, *ivi*, p. 89 ss.; L. MUZZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, *ivi*, p. 117 ss.; F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni comuni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio*, *ivi*, p. 209 ss.; A. VALASTRO, *La democrazia partecipativa alla prova dei territori: il ruolo delle amministrazioni locali nell'epoca delle fragilità*, cit., 30-31; G. ARENA, *Cosa sono e come funzionano i patti per la cura dei beni comuni*, in www.labsus.org – *Il punto di Labsus*, 2, 2016; *Id.*, *Democrazia partecipativa e amministrazione condivisa*, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, cit., 2016, pp. 232-235; P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento e la cura dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, in *Aedon*, 2, 2016; G. CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2, 2016; F. PIZZOLATO, *Fraternità delle città: note introduttive*, in www.amministrazioneincammino.it, 4, 2016; C. IAIONE, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'età della condivisione. la collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, Carocci, 2015, pp. 51-55.

privati per garantirne la piena fruizione a tutti. I beni e gli spazi oggetto di intervento sono individuati o dall'amministrazione, attraverso anche procedure partecipate, o dai cittadini stessi, che hanno il diritto di proporre un patto di collaborazione³⁵.

Questi, solitamente, si distinguono in due categorie: i patti ordinari e i patti complessi. I primi sono quelli che hanno un minore impatto trasformativo edilizio, che sono ricorrenti e a bassa intensità di difficoltà realizzativa; i secondi, viceversa, possono richiedere la gestione di beni complessi o interventi edilizi trasformativi o, perfino, beni di interesse culturale, che richiedono l'affiancamento di altre procedure a quella preordinata alla stipula del mero patto di collaborazione. Nei patti di collaborazione, a fronte di impegni assunti dai cittadini, l'amministrazione riconosce dei vantaggi di varie forme che riguardano le agevolazioni fiscali, ma anche la somministrazione di strumenti necessari alla realizzazione degli interventi programmati, l'erogazione in qualche caso di risorse economiche sia pure a sostegno di oneri che i cittadini devono comunque garantire, agevolazioni di utenze, affiancamento di tecnici, riconoscimenti formali di onorificenze e altro ancora. Merita di essere sottolineato che gli interventi sono sempre di durata provvisoria e temporanea e una recente ricerca ha potuto dimostrare che la maggioranza dei patti di collaborazione hanno una durata pari o inferiore a un anno³⁶.

I patti di collaborazione sono soluzioni originali che trovano la loro fonte di legittimazione nei regolamenti comunali, come dianzi detto. I regolamenti, a loro volta, non sono in esecuzione di determinati provvedimenti legislativi ma trovano origine, come precisato in quasi tutti i regolamenti, negli artt. 117, c. 6, e 118, c. 4, Cost. Sono, dunque, in diretta esecuzione della Costituzione e costituiscono l'esercizio dell'autonomia

(35) Per una valutazione delle sperimentazioni adottate nel Comune di Bologna si veda I. PAIS, E. DE NICTOLIS, M. BOLIS, *Valutare: la valutazione dei patti di collaborazione del Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani*, in <https://ssrn.com/abstract=3137002>, 2017.

(36) Si veda l'indagine condotta da Labsus sui patti di collaborazione attivi in Italia e pubblicata nel *Rapporto 2017*: http://www.labsus.org/wp-content/uploads/2018/01/Rapporto_Labsus_2017.pdf

comunale³⁷. Benché i regolamenti comunali siano a tutti gli effetti atti normativi, la loro legittimazione non è riconducibile a provvedimenti legislativi formali.

3.5. *Il modello del riuso di beni in transizione*

L'ultimo modello che si passa in rassegna riguarda quello del riuso dei beni in transizione. Si tratta di quei processi che sviluppano un riuso originale di beni che sono oggetto di procedure formali destinate a mutare il titolare della proprietà del bene. Il riferimento è alle procedure di privatizzazione dei beni pubblici o a quelle relative ai beni confiscati alla criminalità organizzata: in entrambi i casi si è in presenza di procedure formali molto complesse che hanno una durata lunga e che terminano con la traslazione dei beni a nuovi soggetti. Nelle more della conclusione di queste procedure, non è inusuale trovare Comuni che o per iniziativa diretta, se si tratta di beni di cui dispone, o per concessione accordata dall'amministrazione competente, assegnano l'uso di questi beni ad associazioni di cittadini, affinché garantiscano l'utilità a fini generali del bene prima che la procedura formale si esaurisca. In questo modo si tenta di impedire il deperimento del bene, nelle more della conclusione del procedimento.

L'uso temporaneo assicurato da queste concessioni origina da percorsi informali dentro processi pienamente formalizzati e potrebbe avere anche la forza di condizionare la conclusione delle procedure formali, specie nel caso dei beni confiscati alla criminalità organizzata³⁸, dove, ad esempio, l'accordo informale raggiunto sulla base di un proget-

(37) Cfr. F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli 2016, p. 26, che considera conforme al principio di legalità la predeterminazione dell'azione amministrativa disposta direttamente con regolamento in forza della potestà esclusiva regolamentare riconosciuta dalla Costituzione. Negli stessi termini cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg., 2002, pp. 88-89. Peraltro, si tratta di un riconoscimento che tratteggiava già un'evoluzione presente nel diritto urbanistico; cfr. A. ROMANO TASSONE, *Modelli di pianificazione e pluralità delle fonti del diritto*, in F. PUGLIESE, E. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 118.

(38) Su questa ipotesi si veda il contributo di M. DE BENEDETTO, *Rigenerazione e riuso dei beni confiscati: regole e simboli della legalità*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., p. 329 ss.

to condiviso tra Comune e associazioni di cittadini potrebbe contrastare il ben noto fenomeno di incapacità dei Comuni di assicurare un riuso del bene confiscato adottando le procedure ordinarie di assegnazione, fermi restando, ovviamente, gli obblighi informativi e di trasparenza che la disciplina prevede³⁹. Per quanto riguarda le procedure di privatizzazione, i casi di affidamento temporaneo del bene nelle more della conclusione della vendita del bene riguardano quei beni che restano sottoposti a vincoli di interesse pubblico e quindi mantengono finalità di carattere generale anche dopo il compimento della privatizzazione⁴⁰. Nel modello qui proposto le relazioni informali si stabiliscono all'interno di procedure iperformalizzate e hanno perfino la potenziale capacità di condizionare la conclusione di queste seconde procedure. Ad esempio, nel caso dei beni confiscati alla criminalità organizzata, non si può escludere che la buona gestione temporanea del bene sequestrato in attesa della conclusione della procedura formale orienti i decisori pubblici verso una soluzione di continuità rispetto alle soluzioni più formalizzate del Comune dove ha sede il bene interessato⁴¹.

(39) L'art. 48, c. 3, lett. c), d.lgs. 159 del 2011, prevede, infatti, che i Comuni destinatari del bene confiscato garantiscano il riuso per fini istituzionali o l'affidamento, tramite procedure rispettose del principio di pubblicità, trasparenza e pari trattamento, a soggetti terzi (tra cui associazioni di volontariato, cooperative sociali, associazioni ambientaliste, comunità, enti anche giovanili e operatori di agricoltura sociale) tramite apposita convenzione entro un anno dalla destinazione. In verità, è assai frequente che i Comuni, in ragione delle difficoltà organizzative, mancanza di progettualità e, in alcuni casi, in presenza di massicce destinazioni di pluralità di beni, non sappiano assicurare il riuso. In queste circostanze, la proposta di un progetto preventivo di riuso di soggetti della società civile per finalità di utilità sociale può invece rappresentare proprio lo stimolo per gli Enti locali a gestire il bene confiscato, evitandone l'abbandono o l'avvio di altre procedure alternative.

(40) Un caso interessante, ma non è l'unico, è quello del Comune di Brescia, che all'art. 9 del Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e l'amministrazione per i beni comuni urbani prevede l'ipotesi che il Comune individui tra i beni di rigenerazione di sua proprietà anche quelli oggetto di programmazione di alienazione, al fine di non comprometterne l'uso per inerzia e garantirne un uso temporaneo.

(41) D'altra parte, lo stesso art. 45-bis, d.lgs. 159/2011 stabilisce che l'Agenzia nazionale dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata possa disporre il differimento dello sgombero del bene, una volta che sia definitivamente confiscato, se valuta la gestione transitoria in atto palesemente finalizzata a obiettivi di interesse generale.

4. *Profili comuni dei modelli*

I cinque modelli descritti, molto diffusi sul territorio, come alcune ricerche e casi giurisprudenziali testimoniano⁴², sono diversi tra loro ma mostrano anche alcuni profili comuni che meritano di essere sottolineati. La prima caratteristica ricorrente di queste esperienze – più volte menzionata – è l'informalità⁴³. In alcuni casi questo è molto evidente: nel modello della tolleranza l'informalità si sovrappone spesso con l'illiceità, ma anche negli altri modelli, dove esiste una netta demarcazione con l'illecito, le relazioni giuridiche evidenziate sono fondate su regole che trovano il loro fondamento in atti che non sono posti a esecuzione di comandi legislativi. Sono da considerare informali anche le esperienze che sono inquadrate dentro delibere amministrative: nel caso di Napoli, infatti, queste servono solo a delimitare uno spazio entro il quale ha luogo un diritto autodeterminato e autogenerato; nel caso dei regolamenti alla stregua di Bologna, il regolamento è lo strumento che codifica le regole di rapporti informali, tende cioè a dare regole a rapporti che maturano nelle dinamiche di relazione tra cittadini e Comuni senza che questa informalità sia – solo per questo – contraddetta. È interessante osservare, peraltro, che nei regolamenti dei beni comuni urbani l'informalità è citata come uno dei principi generali che ispira le relazioni collaborative che hanno luogo a seguito dei patti di collaborazione⁴⁴. Lo stesso avviene per il riuso dei beni in transizione le cui azioni trovano legittimazione in apposite delibere o regolamenti comunali, che però sono rese da relazioni informali che le precedono.

(42) Il sito di Labsus, da questo punto di vista, rappresenta una miniera interessante di informazione sulla quantità e qualità di queste sperimentazioni.

(43) Il concetto di diritto informale è poco conosciuto e sviluppato in Italia, ma conosce invece un ambito di studi interessanti in Germania; cfr. P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pub.*, 1999, p. 31 ss.; G. PUTTNER, *Lo stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1992, p. 31 ss.; E. BOHNE, *Der informale Rechtsstaat*, Berlin, Decker&Humboldt, 1981.

(44) All'art. 3 il regolamento di Bologna definisce il principio di informalità come quello secondo cui: «l'amministrazione richiede che la relazione con i cittadini avvenga nel rispetto di specifiche formalità solo quando ciò è previsto dalla legge. Nei restanti casi assicura flessibilità e semplicità nella relazione, purché sia possibile garantire il rispetto dell'etica pubblica, così come declinata dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici e dei principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza e certezza».

Anche il secondo profilo da rimarcare è stato più volte citato nel corso della descrizione dei cinque modelli: si tratta della temporaneità delle esperienze di riuso o rigenerazione⁴⁵. Le trasformazioni prodotte attraverso i modelli descritti determinano un mutamento che è temporaneo, provvisorio, transitorio. Riflettono, cioè, le esigenze poste da una comunità in un dato momento, ma sono adatti a essere rivalutati se le esigenze cambiano⁴⁶. La temporaneità è un requisito necessario nel caso del modello della tolleranza, perché altrimenti provocherebbe una responsabilità diffusa a carico delle autorità pubbliche⁴⁷. Lo è anche nel modello dei beni in transizione dal momento che lì l'informalità si innesta su un procedimento formale che alla fine prevarrà ed esaurirà l'esperienza informale o proponendo una soluzione diversa o trasformando l'esperienza informale in una pienamente legittimata sul piano formale. Sono così anche i patti di collaborazione la cui durata deve necessariamente prevedere un termine, di solito non superiore a tre anni. Anche nel modello che viene identificato con alcune soluzioni elaborate nel Comune di Napoli la temporaneità è un dato strutturale: deriva, da un lato, dal fatto che le collettività di gestione trovano il proprio fondamento in una

(45) Si tratta di un aspetto noto alla letteratura non giuridica: si veda, ad esempio, R. GALDINI, *L'uso temporaneo nei processi di rigenerazione urbana*, in *Soc. urbana e rurale*, 2015, p. 20 ss.

(46) Tale dinamicità del riuso provvisorio dei beni è un'ulteriore sfida per il diritto che deve ripensare i suoi tradizionali strumenti; cfr. per questa opinione G. PIPERATA, *Rigenerare i beni e gli spazi della città: attori, regole e azioni*, cit., 27. Qualche innovazione sul piano legislativo si è comunque avuta, sia pure in modo parziale, con riferimento ai cambi di destinazione di funzioni omogenee: cfr. P. CAPRIOTTI, *Dalle pratiche spontanee alla sistematicità del riuso temporaneo: un percorso percorribile?*, in E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda RE-CYCLE*, cit., pp. 165-167.

(47) Un evidente caso emblematico di quanto si va dicendo è la sentenza del Trib. Roma, 4 luglio 2018, n. 13719, riferita al caso MAAM di Roma (si veda il commento di G. MACDONALD su *Labsus*). Con la sentenza il giudice ha condannato il Ministero degli interni a un risarcimento nei confronti dei proprietari di un'area privata, un'ex fabbrica dismessa di salumi, dal momento che non ha assicurato lo sgombero delle persone occupanti che nel corso degli anni hanno trasformato l'area sia in un'area abitativa per persone senza fissa dimora, sia in un museo di arte contemporanea che ha richiamato artisti da tutto il mondo. Questo tipo di rigenerazione è avvenuta in un contesto dove non c'è mai stato riconoscimento formale, neppure transitorio, né dei legittimi proprietari né delle autorità pubbliche, il che, a fronte di una rivendicazione di possesso del proprietario, difficilmente crea una condizione che possa resistere a lungo. La complicazione del caso, però, è data dal valore artistico che nel corso del tempo l'area ha acquisito e il valore di creatività sociale che si è prodotto in questi anni. Recentemente di nuovo, però, si è pronunciata similmente Cass., sez. III, 4 ottobre 2018, n. 24198.

delibera comunale che potrebbe in ogni momento essere modificata o revocata ma, ancor di più, lo è perché la progettualità intorno al bene qualificato di uso civico urbano è soggetta a ricorrenti e continui adattamenti attraverso processi aperti di autogestione. Infine, si è visto che il modello del riconoscimento esalta la temporaneità dell'uso rendendolo addirittura un valore rispetto al quale sorge un aggravio in termini di onere motivazionale a carico delle amministrazioni.

Più in generale, si può osservare che questi fenomeni di rigenerazione, che sono anche edilizi e urbani, apportano una significativa dose di innovazione negli strumenti classici di urbanistica, i quali, invece, sono rigidi, meno disposti a prendere in considerazione la provvisorietà degli interventi e, quindi, anche della destinazione di spazi e beni urbani⁴⁸. Di fronte, però, a trasformazioni sociali, economiche e tecnologiche molto intense, come quelle che si vivono negli ultimi anni, il riuso o la rigenerazione temporanei finiscono per costituire un valore aggiunto importante perché consentono rapidi aggiornamenti degli interventi in misura di bisogni che evolvono con grande rapidità⁴⁹. Anche la fissazione della destinazione del bene o dello spazio urbano, tipica degli strumenti urbanistici classici, è sfidata da soluzioni che invece ricercano l'aggiornamento costante dei beni di interesse generale ai bisogni espressi dalle comunità territoriali⁵⁰. È proprio questo elemento di reversibilità costante dell'uso dei beni e degli spazi che consente di resistere alle obiezioni di quanti temono che esperienze di questo tipo contribuiscano al fenomeno della de-pianificazione⁵¹: la provvisorietà è tale così che non

(48) Gli aspetti di innovazione nelle prassi concernenti i beni comuni sono sottolineati da P. CHIRULLI, *Beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *www.giustamm.it*, 2012.

(49) Osserva giustamente Piperata che il diritto si preoccupa molto di fissare e qualificare beni (il valore culturale, paesaggistico, l'utilità generale), ma poi sembra disinteressarsi delle vicende che seguono la qualificazione (la perdita d'uso, i mutamenti strutturali, l'inefficacia delle azioni), lasciando uno spazio enorme ad altre pratiche che continuano però ad avere enormi potenzialità giuridiche. Cfr. G. PIPERATA, *Rigenerare i beni e gli spazi della città: attori, regole e azioni*, cit., pp. 34-35.

(50) Cfr. sul tema F. DI LASCIO, *Spazi urbani e processi di rigenerazione condivisa*, cit., pp. 86-88.

(51) Si vedano in proposito P. CHIRULLI, *La pianificazione tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, cit.; R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, cit., p. 237 ss.; S. AMOROSINO, *Depianificazione urbanistica e*

contribuisce a quegli effetti di sfrangiamento che solitamente si hanno con le soluzioni alternative all'attuazione delle pianificazioni. Piuttosto le esperienze di rigenerazione qui sintetizzate raccolgono l'inefficacia della pianificazione, offrono delle risposte innovative ma non esauriscono lo spazio per una riespansione della pianificazione qualora le autorità locali intendano muoversi in tali direzioni⁵².

A questo risultato, peraltro, contribuisce l'altro profilo comune dei modelli rappresentati, ovvero la limitata dimensione spaziale delle esperienze citate. Si tratta, infatti, quasi sempre di beni e spazi urbani singoli, circoscritti in aree ridotte e, per questo, si tende a parlare in questo caso di esperienze di "microrigenerazione"⁵³. Ciò consente di differenziare queste esperienze di rigenerazione dalla quasi totalità delle forme di rigenerazione promosse nel tempo da leggi statali o regionali. Infatti, tale caratteristica consente di porre un discrimine tra agire sociale⁵⁴, che sarebbe proprio dei modelli qui rappresentati, e agire privato, che invece costituisce la causa ordinaria delle altre esperienze di rigenerazione⁵⁵. D'altra parte, se l'area investita dall'attività di rigenerazione fosse molto vasta, sarebbe inevitabile l'impiego di ingenti risorse economiche e, conseguentemente, la necessità di garantire ritorni economici degli investimenti, il che, però, indurrebbe a ricorrere a strumenti giuridici

frammentazione degli interessi e dei poteri, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Sicurezza del territorio. Pianificazione e depianificazione*, cit., p. 259 ss.; S. VILLAMENA, *Programmi integrati di intervento: osservazioni su requisiti generali ed efficacia*, cit., p. 250; D. DE PRETIS, *Piani integrati e buon andamento dell'amministrazione*, in *Le Regioni*, 1993, p. 919 ss.

(52) In questo senso le preoccupazioni in termini di de-pianificazione ricondotte all'applicazione dei patti di collaborazione come qui interpretati, ribadite da ultimo da A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., pp. 174-175, trascurano il tratto costitutivo temporaneo della loro efficacia che, dunque, non è finalizzata a realizzare trasformazioni permanenti. È proprio l'uso temporaneo a rappresentare l'elemento costitutivo di novità della stragrande maggioranza dei patti posti a esecuzione dei regolamenti sui beni comuni urbani.

(53) Si veda così R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, cit., pp. 639-644.

(54) L'espressione è efficacemente utilizzata da S. NESPOR, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, p. 676.

(55) Cfr. M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 154, che definisce tali ipotesi come caratterizzate da un principio di sussidiarietà debole.

ci diversi da quelli qui presi in esame e il diritto formale legale sarebbe necessario per evitare, ad esempio, che siano elusi i vincoli della disciplina dei contratti pubblici.

Infatti – e questo costituisce il quarto elemento comune dei modelli presi in esame – il tratto distintivo delle relazioni giuridiche esaminate è quello dello sviluppo di dinamiche collaborative finalizzate a un uso dei beni e degli spazi non esclusivo, sicché alcuni tradizionali canoni regolamentari tipici del diritto amministrativo, dove la contesa è tra più soggetti in concorrenza per un uso esclusivo, non si applicano alle fattispecie menzionate. Più esattamente le relazioni giuridiche qui descritte prevedono che le autorità pubbliche promuovano e favoriscano alcune attività, attraverso le quali si riscopre un senso nuovo di cittadinanza che potrebbe essere definita come «cittadinanza praticata»⁵⁶. Negli esempi ricordati, infatti, cittadini o forme giuridiche associative, perfino di impresa, si attivano per riqualificare aree e restituire alla comunità l'uso di beni abbandonati, degradati o deperiti, affinché siano soddisfatte nuove domande sociali. Sono così relazioni che sviluppano regole *praeter legem* in cui, cioè, la realizzazione degli interessi generali richiede lo svolgimento di prassi collaborative che ambientano relazioni fatte di accordi, pretese e regole che trovano un'attuazione spontanea⁵⁷, sia pure sottoposta sempre al controllo e al monitoraggio delle autorità pubbliche o anche delle organizzazioni civiche rappresentative della comunità⁵⁸.

(56) Su questa nozione si consenta il rinvio a F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. e soc.*, 2016, pp. 313-318. Le origini culturali di queste nuove forme di cittadinanza, però, possono essere ricondotte al noto studio di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994 e a quello successivo di G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

(57) È interessante osservare, ad esempio, che le culture giuridiche che sono più attente a occuparsi di diritto informale individuano nelle prassi collaborative un vero e proprio campo d'elezione di questo tipo di relazioni: cfr. P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, cit., 44-47.

(58) Cfr. S. TARULLO, *Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica. Parte I: la prassi e la pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2012, pp. 739-741, il quale individua come prassi collaborative quelle assunte di comune accordo tra amministrazioni e cittadini al di fuori degli obblighi di legge per ragioni equitative o di correttezza amministrativa che consente di bilanciare il solo criterio dell'efficienza per dare vita a prassi extra-legali.

Anche in questo senso si può parlare in termini di innovazione giuridica⁵⁹, dal momento che il diritto amministrativo tradizionale ha articolato i suoi strumenti per dirimere il conflitto di interessi, specificatamente quelli pubblici con quelli privati⁶⁰, mentre ha a lungo ignorato soluzioni che contemplino la concordanza degli interessi, che può capitare quando i soggetti privati svolgono un'attività per perseguire obiettivi di interesse generale.

5. *Gli archetipi disciplinari*

All'interno della pluralità dei modelli di diritto informale a cui le città danno vita è necessario considerare gli archetipi disciplinari di riferimento che esigono l'applicazione per analogia quando dovessero sorgere conflitti in sede di applicazione dei vari istituti. Se l'esame degli equilibri prodotti dalla riconnessione tra diritto informale e diritto formale è servito per stabilire i termini della compatibilità delle relazioni giuridiche che hanno una fonte di legittimazione profondamente diversificata, è necessario verificare a quali principi e a quale regime di regole deve attingere il giudice quando la controversia si determina intorno all'applicazione delle regole che si sono qui dette informali. In altre parole, un conto è stabilire l'ampiezza della forza del diritto informale rispetto alla pretesa dell'applicazione del diritto formale, un conto è giudicare di eventuali controversie sorte in applicazione del diritto informale. Che succede se, nel modello della tolleranza, le autorità cittadine richiedono a carico dei cittadini, che hanno adottato una certa azione, il pagamento degli oneri di servizio? Chi è competente e quali regole devono essere applicate se la controversia verte sull'esecuzio-

(59) Sono possibili in questo senso fertili collegamenti con quella cultura e dottrina dei "nuovi diritti" che la Costituzione riconoscerebbe: cfr. recentemente le osservazioni in merito promosse da G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 114-116, in cui si trova l'interessante definizione di "progressiva costituzionalizzazione dell'ordinamento", come effetto di un processo magmatico di cultura giuridica che la Costituzione opera nella società, oltre che nello Stato.

(60) Come è noto, neppure la disciplina dei contratti pubblici sfugge a questa dinamica nonostante che i contratti, per definizione, siano atti che delineano una forma di cooperazione. In realtà in ambito pubblicistico la contrattazione non è sottratta a una poderosa disciplina pubblicistica concentrata principalmente nella fase che precede la stipula dei negozi giuridici.

ne del patto di collaborazione e sulla scelta di recedere dal vincolo giuridico? Chi è competente nella risoluzione delle controversie originate dalle delibere di autodeterminazione dell'uso dei beni civici e quali regole si applicano?

Questa esplorazione deve essere preceduta da tre premesse.

La prima è che nella varietà dei modelli qui trattati sembra possibile delineare in modo sintetico uno schema di relazione che contraddistingue le amministrazioni locali e i cittadini protagonisti delle varie iniziative tese a rigenerare o riusare beni e spazi urbani: si tratta di quello che Bobbio definiva il «diritto promozionale»⁶¹, ovvero un diritto disposto a sostenere attivamente comportamenti e impegni assunti volontariamente dai cittadini che soddisfano anche interessi più generali. È, in fondo, un altro modo per tradurre la capacità di produzione del diritto ricondotta al principio di sussidiarietà orizzontale, come chiaramente si può dedurre da quel verbo «favorisce» con cui l'art. 118, c. 4, Cost. impegna la Repubblica nei confronti dei cittadini attivi.

La seconda premessa è che nell'individuazione degli archetipi di riferimento per applicazione in analogia di regole si dovrà operare un necessario distinguo tra i modelli finora esaminati. Ad esempio, da questo esame deve essere escluso il modello del riconoscimento la cui origine è totalmente riconducibile alla giurisprudenza, che verificherà caso per caso quale soluzione adottare. D'altra parte, devono essere assimilati invece il modello dei patti di collaborazione con quello del riuso temporaneo dei beni in transizione, dal momento che entrambi traggono fonte di legittimazione da appositi regolamenti che le autorità locali adottano specificatamente.

La terza premessa è dedicata esclusivamente al modello della tolleranza, che si distingue dagli altri perché accetta senza formalizzazione alcuna iniziative compiute da soggetti. Sarebbe da sostenere in questo caso che nessuna analogia sia possibile con archetipi normativi che sono deliberatamente ignorati, né d'altra parte appare convincente assimilare soluzioni, come quelle che fanno capo ai casi in cui ai cittadini è con-

(61) Cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi del diritto*, Milano, Edizioni di comunità, pp. 26-27. Il tema è stato ripreso poi anche da E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, Pisa, ETS, 2010, pp. 200-206.

sentito di agire per tutelare gli interessi pubblici in forza di un obbligo giuridico. Né il reato previsto nei casi di omissione di soccorso stabilito dall'art. 593 cod. pen., né in modo più diffuso tutta una serie di altri istituti, previsti dal codice civile, in cui sussiste un obbligo istituzionale a carico dei cittadini per intervenire in sollievo di persone che si trovano in stato di bisogno⁶², soddisfano l'esigenza qui posta, perché si configurano come veri e propri obblighi giuridici che prescindono dalle scelte di libertà degli interessati. Tali fattispecie, in altri termini, non realizzano esempi di diritto promozionale.

Semmai, costituisce un caso di interesse, anche in termini di applicazione analogica per il modello della tolleranza, la soluzione adottata in sede di approvazione del nuovo codice della protezione civile. Infatti, l'art. 31, c. 3, d.lgs. 1/2018, prevede che i cittadini concorrano allo svolgimento delle attività della protezione civile non solamente – come era già previsto – aderendo alle associazioni di volontariato che operano nel settore, ma anche «in caso di situazioni di emergenza, agendo a titolo personale e responsabilmente per l'esecuzione di primi interventi immediati direttamente riferiti al proprio ambito personale, familiare o di prossimità, in concorso e coordinandosi con l'attività delle citate organizzazioni», anche quando tali interventi sono operati in modo occasionale. In questa nuova disposizione si assiste a un salto di qualità delle previsioni normative: infatti, la tutela di interventi occasionali dei cittadini in attività normalmente compiute da soggetti pubblici è assicurata al di fuori di fattispecie obbligatorie e doverose, cosicché la norma finisce per offrire protezione a chi si rende disponibile spontaneamente nelle circostanze date a contribuire nell'interesse di un nucleo di persone anche esterno a quello strettamente familiare. Questa disposizione può costituire una norma di carattere generale per orientare il giudice a risolvere i casi riferiti ai modelli di tolleranza, anche se l'ambito di applicazione sembrerebbe

(62) Si tratta di casi disciplinati spesso nel diritto di famiglia che si configurano in termini di obblighi di alimenti, obblighi di assistenza ai figli o ai minori ritrovati o in abbandono: per una panoramica di queste situazioni ricomprese all'interno dell'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale si veda R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *Doveri, obblighi e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in R. CAVALLO PERIN, L. LENTI, G.M. RACCA, A. ROSSI (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, Esi, 2010, pp. 16-17.

dipendere dall'interpretazione che viene assegnata alle condizioni di emergenza. Si tenga presente, tuttavia, che lo stesso art. 31, al comma 4, autorizza le Regioni a prevedere ulteriori fattispecie in cui i cittadini sono ammessi a svolgere interventi occasionali.

Restano così da definire gli archetipi normativi degli altri due modelli, quello riferito ai beni di uso civico urbano e quello attinente ai patti di collaborazione.

Nel caso dei beni con qualificazione originale di uso civico urbano, nonostante l'originalità della qualificazione e delle regole contenute nelle specifiche delibere comunali, l'assimilazione più evidente sembra essere con quella della disciplina degli usi civici, riferita al demanio civico. In entrambi i casi si fa riferimento a una collettività cui è assicurato il godimento del bene che, tuttavia, non deve mai essere esclusivo ma condiviso con l'intera comunità di riferimento⁶³. Benché l'origine dei due usi civici sia diversa, in un caso il diritto consuetudinario nell'altro una specifica delibera comunale, dalla disciplina riconducibile alla legge n. 1766/1927 è possibile ricavare istituti da applicare per analogia.

Più complesso è il caso relativo ai patti di collaborazione. Tanto per cominciare qui occorre distinguere due ipotesi diverse: il caso in cui è l'amministrazione a ricercare i cittadini per la stipula di un patto da quello in cui sono invece i cittadini a tentare di stipulare un patto con l'amministrazione. I regolamenti che presiedono la disciplina dei patti di collaborazione, infatti, delineano due procedimenti diversi.

Nel caso in cui sia l'amministrazione a ricercare i cittadini con un avviso pubblico al fine di realizzare il riuso temporaneo di beni e spazi urbani, l'archetipo normativo di riferimento sembra essere quello dell'art. 12, l. n. 241/1990, che disciplina le fattispecie che concedono sovvenzioni senza corrispettivi. Come è noto, si tratta di quelle situazioni in cui l'amministrazione beneficia alcuni soggetti in omaggio al contributo che si riconosce alle iniziative dei privati per promuovere gli interessi generali, rispet-

(63) Cfr. recentemente su questi temi W. GIULETTI, *Poteri dispositivi sui beni civici e principi di pubblicità*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le proprietà pubbliche. Tutela, valorizzazione e gestione*, cit., p. 55 ss.; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 3 ss.

to a cui nessuna pretesa di corrispettivo economico è esigibile da parte dell'amministrazione⁶⁴. La giurisprudenza consolidata formatasi su questa norma ha permesso di chiarire che i benefici possono essere intesi in senso lato, non solo, dunque, quelli di carattere economico, ma anche quelli che si limitano ad assicurare la disponibilità di beni, il cui possesso e la cui gestione sarebbe altrimenti preclusa. Altrettanto l'applicazione dell'art. 12, l. n. 241/1990 non si lega all'uso esclusivo del bene assegnato, ma anzi è riconosciuta proprio perché l'assegnazione deve essere chiamata a soddisfare un interesse generale, eventualità quanto mai presente nei patti di collaborazione che presuppongono la fruizione indivisa dei beni e degli spazi rigenerati. Si delinea così ancora una gamma di situazioni dove l'assunzione volontaria di obblighi e l'esercizio responsabile di azioni per finalità di interesse generale, coerenti con quelli che avrebbe dovuto curare l'ente pubblico, produce in capo a chi li esercita posizioni giuridiche di vantaggio. Tutto ciò appare nettamente coerente con il carattere promozionale del diritto che questi modelli incorporano. La conferma ulteriore della validità del richiamo dell'art. 12, l. n. 241/1990, deriva dall'art. 7, c. 1, l. n. 131/2003, il quale, riferendosi chiaramente al principio di sussidiarietà orizzontale, stabilisce che quando i cittadini sono favoriti con risorse pubbliche, latamente intese come già precisato, si applica l'art. 12 della legge generale sul procedimento amministrativo. La circostanza si verifica proprio nei patti di collaborazione in applicazione dei regolamenti sui beni comuni urbani. Peraltro significative conferme sono pervenute anche dalla giurisprudenza in ipotesi assimilabili ai patti di collaborazione⁶⁵.

(64) Con riferimento a questa disposizione si rinvia ai commenti di A. CIOFFI, *La predeterminazione dei criteri della concessione di vantaggi economici*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 429 ss.; S. LARICCIA, *I provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 572 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Esi, 1998; ID., *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229 ss.

(65) Sono interessanti in questo senso tre sentenze del TAR Lazio, aventi per oggetto la destinazione di una sala cinematografica a Roma, l'ex cinema Induno, ora Sala Troisi. Le controversie sono state azionate da soggetti diversi variamente implicati nella vicenda, che si è risolta con l'assegnazione in via temporanea del cinema a un'associazione non avente fini di lucro dopo il ricorso a un bando destinato solo a soggetti equiparati a quello poi risultato vittorioso. Alle motivazioni dei ricorsi che centravano il punto di dolenza nella restrizione dell'affidamento del

Nella condizione opposta, quando – cioè – sono i cittadini a proporre un patto di collaborazione all'amministrazione, viene stipulato un atto negoziale. Sulla natura di questi patti e, in particolare, sul regime giuridico applicabile si registrano già orientamenti diversificati da parte della dottrina, mentre mancano casi giurisprudenziali che possano accertare anche l'orientamento delle Corti.

Alcuni commentatori, traendo spunto dal fatto che molti regolamenti dei beni comuni urbani richiamano per i patti di collaborazione l'applicazione dell'art. 1, c. 1-*bis*, l. n. 241/1990, ritengono che il regime disciplinare da applicare in risoluzione di controversie relative all'esecuzione dei patti di collaborazione sia il diritto privato. All'interno di questa impostazione si differenziano poi due ulteriori indirizzi che riguardano chi ritiene assimilabili i patti di collaborazione con le forme di partenariato sociale e chi, invece, ne professa la piena alternatività, qualificando i patti come attività amministrativa di diritto privato.

L'assimilazione dei patti di collaborazione con gli istituti di partenariato sociale è accresciuta a seguito dell'introduzione nel nuovo codice dei contratti pubblici degli artt. 189 e 190, che il Consiglio di Stato ha appunto definito forme di partenariato sociale. L'accostamento, peraltro, appare particolarmente forte con l'istituto del baratto amministrativo, la cui fattispecie appare – a prima vista – non dissimile da quelle prese in considerazione nei regolamenti dei beni comuni urbani⁶⁶. Peraltro, si deve altresì aggiungere che, se fosse condivisa questa impostazione, i regolamenti dei beni comuni urbani dovrebbero essere intesi come applicativi dell'istituto del baratto amministrativo, dal momento che in una condizione di piena sovrapposizione tra disposizione di legge e regolamento comunale, la prima dovrebbe trovare applicazione a scapito del secondo⁶⁷.

bene da parte del Comune di Roma, il giudice amministrativo ha giustificato la correttezza della scelta dell'amministrazione imputando il carattere giuridico di questa esperienza nell'art. 12, l. n. 241 del 1990. Si vedano TAR Lazio, Roma, sez. II, 6 aprile 2016, nn. 4157, 4158 e 4184, con commento di E. FIDELBO su Labsus.

(66) Cfr. V. MANZETTI, *Baratto o Baratti amministrativi. Una questione da dirimere*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2018.

(67) Chiaramente sostiene questa tesi R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, cit., pp. 642-643.

Tuttavia, la tesi non pare convincente. Infatti, anche se gli articoli 189 e 190 configurano un'ipotesi speciale di partenariato pubblico privato, il loro inquadramento in tale categoria di contratti all'interno del codice non fa venir meno il carattere oneroso⁶⁸. Quindi, a prendere sul serio la collocazione degli istituti di partenariato sociale, le fattispecie indicate darebbero luogo comunque a un contratto oneroso, sostanziato da corrispettivi reciproci di parte pubblica e di parte privata, in cui – come recita coerentemente l'art. 3, c. 1, lett. *eee*) cod. contr. pub. – occorre assicurare nella causa del contratto i diritti ai soggetti privati che consentano una remunerazione della loro attività, anche se parte dei rischi debbano ricadere sui privati. In altre parole, i partenariati pubblico privati sostanziano legittimamente forme tipiche dell'agire privato che, come si è visto dianzi, sono estranee ai modelli qui passati in rassegna e ai patti di collaborazione in modo particolare⁶⁹. Peraltro, analizzando la genesi delle due norme che sostanziano il partenariato sociale si scorge che in verità esse sono il frutto di una trasposizione entro il codice dei contratti pubblici di disposizioni precedentemente in vigore, sia pure con qualche variazione, in altri testi legislativi, che rispondevano a logiche profondamente diverse. Il fatto che l'impegno assunto dalle amministrazioni locali nelle due norme si sostanzia nell'assegnazione favorita di agevolazioni, anche di natura fiscale, evidenzia che quelle norme rispondevano al modello delle sovvenzioni senza corrispettivi, il che rende difficile la loro coerente coesistenza nel quadro del codice dei contratti pubblici. Quale che sia l'interpretazione che si preferisce⁷⁰, risulta

(68) Sulla necessità di distinguere gli atti negoziali stipulati dalle pubbliche amministrazioni in base al carattere di onerosità si vedano anche M.C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 404; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 169-178.

(69) Per questa tesi anche S. VILLAMENA, «Baratto amministrativo»: prime osservazioni, in *Riv. giur. ed.*, 2016, p. 379 ss.; P. DURET, «Baratto amministrativo» o «simbiosi mutualistica»? Divagazioni su recenti prospettive dell'amministrazioni locali, in *Scritti in ricordo di Paolo Cavalieri*, Napoli, ESI, 2016, p. 305 ss.

(70) Analoghe conclusioni sono raggiunte da A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., pp. 166-171, anche se con ricostruzioni diverse da quelle qui offerte, avendo ricollegate le fattispecie ricordate nell'art. 189, cod. contr. pub., alle concessioni pubbliche e l'art. 190, cod. contr. pub., tra i contratti atipici. Si vedano anche le conclusioni convergenti di G. FIDONE, *Proprietà pubbli-*

evidente che in nessuno dei due casi pare sussistere davvero una sovrapposizione tra le due norme di legge citate e i patti di collaborazione, cosicché appare infondato ritenere che questi ultimi siano da catalogare tra gli istituti di partenariato sociale.

L'altra tesi che risalta l'applicazione del diritto privato prende avvio da un altro presupposto, ovvero che i patti di collaborazione configurerebbero un'ipotesi di attività amministrativa non autoritativa, a cui applicare direttamente l'art. 1, c. 1-*bis*, l. n. 241/1990⁷¹. In effetti, questa tesi non negherebbe la natura funzionale dell'oggetto dei patti di collaborazione, ma contestualmente sarebbe attenta a esaltare il carattere paritario della relazione tra amministrazione e cittadini e quindi la natura non autoritativa dell'attività amministrativa, per usare le parole della legge generale sul procedimento amministrativo⁷². In questo caso sarebbero dunque applicabili tutti i principi generali normalmente applicabili alle pubbliche amministrazioni, ma divergerebbe il regime disciplinare che concerne i patti che sarebbe estraneo al diritto pubblico. Peraltro, trovando i patti di collaborazione legittimazione in un regolamento comunale, non si verificherebbe neppure la realizzazione della seconda condizione prevista dall'art. 1, c. 1-*bis*, l.n. 241/1990, oltre quella di essere in presenza di attività non autoritativa, necessaria per applicare il diritto privato, che consiste nella verifica se il regime di diritto pubblico non sia dovuto per un'espressa previsione di legge.

Questa tesi, però, non convince ugualmente. Intanto, si deve osservare che la dottrina ha evidenziato in molte circostanze il carattere ambiguo della disposizione della legge generale sul procedimento amministrativo che si vorrebbe richiamare, nonché la formulazione involuta della disposizione che non offre sufficienti lumi per orientare un'applicazione coerente della disposizione⁷³. Né sembra sufficiente ricordare che diver-

ca e beni comuni, cit., pp. 363-365.

(71) Cfr. per questa opinione A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., pp. 158-160.

(72) Cfr. per questa tesi G. ARENA, *Democrazia partecipativa e amministrazione condivisa*, cit., p. 236; C. IAIONE, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, cit., p. 58 ss.

(73) Cfr. in merito F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, cit., pp. 97-98; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 384-388;

si regolamenti dei beni comuni urbani riportano nell'art. 1 il richiamo all'applicazione di questa disposizione, dal momento che un mero regolamento non appare idoneo a vincolare il giudice nell'interpretazione da dare alle fattispecie concrete che deve risolvere, essendo viceversa condizionato, come recita la costituzione, alla sola legge (art. 101)⁷⁴. Andando però più nella sostanza delle obiezioni, la tesi esposta non convince perché l'applicazione del diritto privato non pare coerente con quel tratto di relazione tra amministrazione e privati che si è configurato in termini di diritto promozionale. Se il fine è, in aderenza al principio di sussidiarietà, sostenere autonome iniziative dei cittadini per fini di interessi generali, il regime proprio di questa relazione non può che essere quello del diritto pubblico, come d'altra parte testimonia l'opposta condizione che si verifica quando è l'amministrazione a ricercare i cittadini. La funzione promozionale ricade nell'attività funzionale e non deve essere confusa con quella libera⁷⁵. Non si possono ipotizzare per una fattispecie simile due regimi disciplinari diversi. Inoltre, la tesi appena esposta pare sottovalutare il carattere evidente di un ordinario procedimento amministrativo delineato dai regolamenti. I patti di collaborazione, cioè, si situano a conclusione di un procedimento

G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 189; V. CERULLI IRELLI, *Sui principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento*, in Id. (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, Jovene, 2007, 47-48; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, Jovene, 2006, p. 69 ss.; N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1-bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La Pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 78 ss.; L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, in G. SCIULLO (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 37 ss.; P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro amm.-TAR*, 2005, p. 2652 ss.; B.G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della l. 15 del 2005*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, p. 819; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.

(74) Cfr. R. GUASTINI, *Legalità*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of law. L'ideale di legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 138.

(75) A discriminare la natura dell'attività non è la natura dell'atto ma – appunto – il carattere libero o doveroso dell'azione: cfr. M.A. CABIDDU, *Principio di legalità e amministrazione consensuale*, in *Amministrare*, 2008, p. 32.

amministrativo dettagliato descritto dai regolamenti, in cui sono evidenziati gli uffici competenti, i responsabili della decisione finale, i termini del procedimento e le varianti ulteriori a seconda del bene oggetto del procedimento. Insomma, il patto di collaborazione non pare proprio, sul lato dell'amministrazione, l'esercizio di un'autonomia privata, che in quanto tale dovrebbe lasciare ampio spazio decisionale all'organo decidente, ma piuttosto l'esercizio di un'ordinaria discrezionalità amministrativa⁷⁶.

Infine, non sempre chi sorregge questa tesi si perita di indicare quali istituti del diritto privato sarebbero applicabili ai patti di collaborazione, lasciando così incompiuta l'argomentazione a sostegno⁷⁷. Ragionando su alcuni istituti richiamati per possibili analogie, le obiezioni alla tesi qui ricordata risultano confermate.

Un istituto, ad esempio, che potrebbe essere ritenuto coerente è quello della *negotiorum gestio*, ex art. 2028 c.c.⁷⁸, dal momento che la gestione esercitata dai cittadini è operata nei confronti di beni, soprattutto pubblici, che sono caduti in disuso a causa dell'inerzia e dell'incapacità dell'amministrazione a continuarne un'ordinata gestione. È, d'altra parte, frequente la considerazione sostenuta da diversi commentatori, che le iniziative qui prese in esame operano una sostituzione del soggetto che sarebbe titolato alla cura di beni e spazi urbani per finalità solidari-

(76) D'altra parte, anche chi ha considerato ragionevole non rassegnarsi alla difficile interpretazione univoca dell'art. 1, c. 1-bis, l. n. 241 del 1990 (per esempio si veda F. LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività*, in *Giust. amm.*, 2005, p. 678 ss.), riconosce che la natura autoritativa dell'attività amministrativa difficilmente può essere esclusa quando si è in presenza di esercizio di potere discrezionale, il che è proprio quello che avviene nei patti di collaborazione; cfr. E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, cit., pp. 25-29.

(77) Costituisce, tuttavia, un'eccezione il contributo di R. TUCCILLO, *Rigenerazione dei beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità*, cit., p. 89 ss. Vale, inoltre, ricordare quanto osservato da G. CORSO, *Art. 1 – Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 18, il quale sottolinea che se l'azione non autoritativa somma il rispetto dei principi che concerne l'azione amministrativa con i vincoli previsti dal codice civile, l'esito finale sarebbe di un'amministrazione che, quando agisce con atti non autoritativi, apparirebbe più limitata di quella strettamente autoritativa producendo evidentemente una contraddizione.

(78) Tale spunto è evidenziato anche da D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 350-351.

stiche⁷⁹. Tuttavia, è evidente che la norma richiamata del codice civile è in distonia con i caratteri dei patti di collaborazione. In primo luogo, ciò è dovuto al fatto che le iniziative promosse con i patti di collaborazione non avverano una sostituzione di fatto, come allude l'art. 2028 c.c., ma un'azione che è concordata dal principio insieme tra i due soggetti. Inoltre, il patto di collaborazione non presuppone l'obbligo di rimborso per le spese sostenute dai cittadini, il rispetto delle obbligazioni assunte dal gestore e, perfino, l'esenzione da responsabilità. In realtà, trattandosi di esperienze di cittadinanza attiva, volontaria, spontanea e solidale per interessi generali, sono disposti a carico dei cittadini oneri di responsabilità necessari affinché quei presupposti possano dirsi davvero rispettati. Applicare la *negotiorum gestio* nei confronti delle pubbliche amministrazioni comporta un rischio gravissimo di produrre una concorrenza indiscriminata tra soggetti di varia natura per il miglior perseguimento degli interessi pubblici, producendo un caos che mina la certezza del diritto⁸⁰. Non a caso la giurisprudenza ammette l'applicazione di questo istituto nei confronti delle pubbliche amministrazioni solo in casi di estrema urgenza e indifferibilità⁸¹. Infine, ammettere tale ipotesi equivarrebbe a sostenere che l'inefficienza della pubblica amministrazione legittima qualunque iniziativa sostitutiva dei cittadini, senza che sia peraltro precisato il quadro regolatorio entro cui questo deve avvenire. I patti di collaborazione, viceversa, sottendono una relazione cooperativa, in cui le pubbliche amministrazioni svolgono un ruolo attivo che è, in primo luogo, quello di esercitare la riserva, in nome della rap-

(79) L'applicazione della sostituzione negli «affari altrui», come forma solidale finalizzata agli interessi generali e della collettività, è considerata dalla dottrina civilistica il tratto essenziale della liceità della *negotiorum gestio*: cfr. tra gli altri, I. GARACI, *La gestione d'affari altrui. Art. 2028-2032*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 41-44; U. BRECCIA, *La gestione di affari*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, Utet, 1999, vol. 9, p. 865 ss.; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972, p. 161.

(80) Il tema è stato affrontato, ad esempio, da E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1956, pp. 22-26.

(81) Cfr. Cass., sez. civ., 3 febbraio 2017, n. 2944. Restano così attuali le osservazioni di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, II, parte III, 1935, pp. 627-649, che limitava la praticabilità della fattispecie ai soli casi in cui l'intervento dell'ente pubblico sia da ritenere urgente e necessario.

presentanza totale della comunità, di giudizio sulla compatibilità dell'iniziativa dei cittadini con gli interessi pubblici.

Un altro istituto potenzialmente applicabile è quello previsto dall'art. 1803 c.c., che fa riferimento al contratto di uso gratuito o al comodato di beni. L'applicazione di questa soluzione si presta bene ai fini di chi contesta che i patti di collaborazione siano da ascrivere nel regime di diritto pubblico, perché consente di riprodurre entro moduli pienamente privati situazioni che altri potrebbero definire di concessione pubblica, dando quindi fedele esecuzione all'art. 1, c. 1-*bis*, l. n. 241/1990. In questo caso, infatti, il contratto, essendo a titolo gratuito e anche di natura provvisoria, non necessariamente si presenta come oneroso e, inoltre, può essere caricato di tutti quei vincoli che normalmente sono presenti nei beni a finalità di interesse pubblico. Tuttavia, sebbene sia vero che questo istituto presenti potenzialità applicative più fondate, sembra plausibile rilevare una contraddizione insanabile nel contratto d'uso gratuito rispetto alla natura dei patti di collaborazione: il comodato, infatti, presuppone quale causa essenziale il dovere da parte del comodatario di assicurare una buona manutenzione del bene al fine di garantire nei termini concordati la restituzione al comodante, che in questo caso è la pubblica amministrazione, e, quindi, per definizione, il contratto di uso gratuito non può escludere la riserva d'uso del comodatario, che invece è preclusa nel caso dei patti di collaborazione e nei regolamenti dei beni comuni urbani. La natura dei beni comuni urbani presuppone una fruizione indivisa del bene che si pone in contrasto con qualunque uso del bene che disponga regole selettive per il suo accesso al fine di garantirne la buona manutenzione⁸². Tale causa è insopprimibile nel comodato, ma essa è inconciliabile con i beni oggetto dei patti di collaborazione.

A parte deve essere considerato chi iscrive le esperienze dei patti di collaborazione in forme innovative di partenariato pubblico privato, in cui a confrontarsi non sono solamente interessi pubblici e interessi privati ma interessi civici di comunità. Si tratta di formule innovative di gestione che

(82) Si vedano in proposito anche le considerazioni di V. GIOMI, *Il verde pubblico come risorsa comune: da necessario strumento di soddisfacimento di bisogni collettivi a forma di tutela di beni vincolati*, in F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Le proprietà pubbliche. Tutela, valorizzazione e gestione*, cit., p. 149 ss.

sperimentano nuove forme sociali come le fondazioni di comunità, le cooperative di comunità o partenariati civici originali⁸³. Si prospettano, da questo punto di vista, anche in sede europea⁸⁴, istituti di interesse che intercettano nuove forme sociali di partecipazione alla gestione di beni di interesse generale ma, al momento, in assenza di una codificazione chiara degli istituti applicabili nel concreto, appaiono soluzioni che non sono in grado di offrire un'evidente dimostrazione dell'applicazione del regime di diritto privato per i patti di collaborazione. Peraltro, è opportuno segnalare che le formule gestionali qui richiamate non chiariscono in modo sufficiente gli strumenti giuridici che adottano queste forme sociali, potendo astrattamente convivere sia con soluzioni che prevedono l'applicazione del diritto privato, aventi perfino natura onerosa, sia con altre che invece richiamano i regimi di diritto pubblico⁸⁵. Inoltre, altre formule alternative come quelle della «nuova urbanistica»⁸⁶ o di concetti come la *co-city*⁸⁷, fondate sul presupposto di vedere le città come beni comuni in

(83) Cfr. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, cit., spec. p. 61 ss.

(84) È questo il caso, ad esempio, dell'applicazione dell'*Agenda Urbana Europea*, rilanciata con il Patto di Amsterdam del 2016. A valle di quella decisione l'UE sta realizzando un progetto pilota sperimentale teso a definire le potenzialità organizzative e giuridiche per dare sostanza ai cosiddetti "appalti di innovazione", che consentono alle città e alle autorità regionali di sfruttare nuovi campi di azione per contratti con alto tasso di innovazione e sostenibilità sociale, ambientale ed economica. Si veda in proposito il piano d'azione dell'*Urban Agenda for the EU*, intitolato *Partnership on Innovative and Responsible Public Procurement* del 10 giugno 2018.

(85) Cfr. A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., pp. 177-181, che appunto allude alla possibilità dei Comuni di utilizzare strumenti collaborativi molto differenziati a seconda degli obiettivi e degli interessi che il Comune vuole raggiungere. Se, però, così è, non si vede come queste forme eterogenee possano essere recuperate entro un quadro giuridico unitario centrato sulla città come bene comune, come l'autrice tenta di sostenere. Al di là della cornice di coordinamento definita come *Co-City*, che presiede questi diversi strumenti, resta il fatto che l'uso dei diversi strumenti presuppone delle differenze che restano irriducibili da un punto di vista giuridico.

(86) Ne parla, ad esempio, C. IAIONE, *La città collaborativa: la governance dei beni comuni per l'urbanistica collaborata e collaborativa*, in E. FONTANARI, G. PIPERATA (a cura di), *Agenda RE-CYCLE*, cit., pp. 96-99, intendendo con essa forme di co-progettazione, co-gestione e co-produzione di azioni locali a beneficio della comunità a cui partecipano, oltre alle costituzioni locali, le principali aggregazioni rappresentative degli interessi delle città.

(87) La presentazione più avanzata e più completa di questa teoria è presentata in S.R. FOSTER, C. IAIONE, *Ostrom in the City: Design Principles and Practises for the Urban Commons*, in <https://ssrn.com/abstract=3130087>, 2018, dove a partire dalla definizione di *commons* della Ostrom, si individuano le città stesse come beni comuni, aventi risorse prodotte, usate e gestite in modo condiviso. La teoria prende spunto da un'indagine condotta su esperienze prodotte nel mondo e prova a formulare i cinque principi su cui si dovrebbe fondare il nuovo governo condiviso delle città.

sé di cui un'ampia gamma di soggetti, istituzionali e non, si prendono cura con soluzioni differenziate di progettazione e programmazione di interventi, sembrano – per restare ancorate al dato giuridico al momento vigente – più avvicinabili a soluzioni già sperimentate come quelle della programmazione contrattata, dei patti territoriali e di area⁸⁸.

Infine, merita di essere segnalata un'ulteriore tesi ermeneutica che riconduce i patti di collaborazione in un altro archetipo normativo, quello che fa capo all'art. 15, l. n. 241/1990⁸⁹. Secondo questa impostazione, infatti, il confronto di interessi che si svilupperebbe nei patti sarebbe quello tra interesse pubblico e interesse appartenente alla collettività, che per sua natura non può essere confuso in alcun modo con quello privato. Sicché sarebbero estranei ai patti sia i disciplinari del regime privatistico, sia quelli riferibili all'art. 11, l. n. 241/1990, che rischierebbero di eludere i vincoli europei e la disciplina dei contratti pubblici, mentre si potrebbe inquadrare tale disciplina in quella della programmazione negoziata. In questo modo i patti di collaborazione, da un lato, sarebbero in grado di esprimere il pieno contenuto solidaristico che è in essi compreso nella soluzione di interessi generali, dall'altro, sarebbero al riparo da obiezioni sempre possibili del diritto europeo e della disciplina della concorrenza. Tuttavia, al riguardo si può osservare che, pur essendo molto suggestivo il richiamo alla distinzione tra interessi delle collettività e interessi privati da cui discende la tesi, l'iscrizione all'art. 15 dei patti rischia di riprodurre quel tentativo di attrarre all'organizzazione pubblica soggetti che per natura non lo sono. Questa tentazione è da rifuggire tanto più nel momento in cui si riconosce che il carattere di queste relazioni è retto da solidarietà e sussidiarietà orizzontale che, secondo giurisprudenza costituzionale consolidata, presuppongono l'alterità della natura dei soggetti preservando la libertà di quelli privati.

Alla luce di queste considerazioni appare più coerente ascrivere i patti di collaborazione tra gli accordi di diritto pubblico, che trovano

(88) In verità, da un punto di vista giuridico, queste soluzioni sembrano riecheggiare quelle disciplinate dall'art. 2, c. 203, l.n. 662/1996, come anche ricorda F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, cit., p. 89.

(89) La tesi, suggestiva e interessante, è stata elaborata da M.V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, 3, 2017, pp. 9-10 e p. 17.

nell'art. 11, l. n. 241/1990, l'archetipo normativo di riferimento⁹⁰. Questa soluzione, oltre a riflettere il carattere pienamente procedimentale della modalità con cui l'amministrazione gestisce la proposta di patto di collaborazione ai sensi dei regolamenti dei beni comuni urbani, sembra più congrua a preservare la riserva discrezionale di giudizio che l'amministrazione, in quanto rappresentante della comunità tutta, esercita coerentemente⁹¹. Si tratta di una soluzione che appare maggiormente in grado di coniugare il carattere di rappresentanza della comunità delle città con l'autonomia di emancipare esperienze di ordine puramente sociale in termini di rilevanza giuridica. D'altra parte, è evidente che l'oggetto dell'accordo, costituito dalla garanzia della fruizione collettiva del bene o dello spazio pubblico, presenta connotazioni pubblicistiche che lo rendono inidoneo a qualunque altra forma contrattuale che assegna un uso esclusivo a soggetti privati⁹². Da questo, evidentemente, consegue una serie di diritti e obblighi: il diritto dell'amministrazione di liberarsi dal vincolo giuridico assunto in sede di accordo se sopraggiungono nuovi interessi pubblici non più coerenti con quelli che avevano giustificato l'accessione all'accordo⁹³, ma anche gli obblighi di motivazione e di indennizzo a beneficio dei contraenti se questo avviene. A favorire tale interpretazione è anche la liberalizzazione del ricorso agli accordi

(90) Sia pure con qualche cautela è di questa opinione G. CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, cit. Esiste poi un'altra tesi dottrinarica che è più incline a ritenere che ai patti di collaborazione si applichi un regime a geometria variabile e, quindi, a seconda dei casi, di diritto pubblico o di diritto privato: cfr. P. MICHARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, cit.

(91) Anche chi ha riconosciuto la presenza di uno statuto unitario tra attività amministrativa di diritto pubblico e attività amministrativa di diritto privato ha sottolineato come l'azione amministrativa sia sempre caratterizzata da discrezionalità che accompagna anche l'ipotesi di attività negoziale. Cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 96.

(92) Cfr. M. GOLA, *Art. 1 – L'applicazione delle norme di diritto privato*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 218, che ritiene che se, da un lato, sia vero che gli istituti giuridici siano neutri rispetto ai fini perseguiti, dall'altro, la natura dell'interesse pubblico rende il rapporto tendenzialmente diseguale e comporta l'uso di norme derogatorie.

(93) Da questo punto di vista certo può essere evidenziata la distanza tra il diritto di recesso attribuito alla pubblica amministrazione all'art. 11 rispetto a quello osservato in altri ordinamenti, come quello tedesco in particolare, dove la liberazione dal vincolo negoziale è molto più limitata: cfr. M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, Bononia University Press, 2015, p. 287.

sostitutivi che non dipende più, come originariamente prevedeva l'art. 11, dalle sole fattispecie previste per legge⁹⁴.

Ad attenuare il tratto irriducibilmente alternativo degli accordi alle altre tesi sopra citate militano anche altre considerazioni. In primo luogo, occorre ricordare che l'art. 11, l. n. 241/1990, presuppone che nell'esecuzione degli accordi si applichino i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. È ben vero che l'applicazione dei principi del codice civile non coincide con l'applicazione delle regole del codice civile, ma la disposizione sembra riaffermare il carattere pienamente negoziale degli accordi e quindi la possibilità di richiamare l'applicazione di un regime che rinforza il carattere vincolistico del negozio⁹⁵. Il valore aggiunto dell'art. 11 è stato proprio quello di valorizzare il carattere vincolistico dei negozi di diritto pubblico, cosicché sarebbe improprio confondere la residualità dei poteri pubblici che la norma prevede con l'instabilità del negozio: in verità, i poteri pubblicistici residuali non sono esenti, a loro volta, da limiti e il loro esercizio è legittimo solo nei limiti in cui i principi del diritto privato appaiono incompatibili, ammettendo di conseguenza istituti del diritto privato laddove la compatibilità esista⁹⁶. Inoltre, l'ancoraggio all'archetipo

(94) Cfr. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2012, p. 275, che collega la liberalizzazione dell'accesso agli accordi di diritto pubblico proprio all'entrata in vigore del principio di sussidiarietà.

(95) Peraltro risultano interessanti a questo proposito le osservazioni proposte da R. FERRARA, *La programmazione «negoziata» fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 461-467, il quale ha notato come sia proprio il principio di sussidiarietà ad aver reso vincolanti una serie di negozi giuridici che prima non assumevano rilevanza giuridica. Quindi, l'iscrizione dei patti di collaborazione all'art. 11, l. n. 241/1990 può essere ulteriormente confermata proprio dall'azione del principio appena richiamato, che sovrintende le fattispecie qui commentate.

(96) In effetti, chi si è cimentato in un'analisi approfondita di quello che potrebbe discendere dalla qualificazione dei patti di collaborazione arriva a sostenere che le differenze tra le impostazioni più privatistiche e quelle più pubblicistiche non sono poi così radicali, se è vero che l'esecuzione del patto non esenta le parti dall'osservare regole riconducibili ai principi sulle obbligazioni: cfr. R. TUCCILLO, *Rigenerazione dei beni attraverso i patti di collaborazione tra amministrazione e cittadinanza attiva: situazioni giuridiche soggettive e forme di responsabilità*, cit., 96-98. Più in generale, sulla tendenziale pariteticità delle parti negli accordi amministrativi si sofferma anche F. TIGANO, *Art. 11 – Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., pp. 668-669, il quale richiama a sostegno della tesi anche la sentenza n. 179 del 2016 della Corte costituzionale, a proposito della legittimità di adire i giudici da parte dell'amministrazione per l'esecuzione degli accordi.

dell'art. 11 della legge generale del procedimento amministrativo è idoneo a disconoscere l'originalità della procedura disegnata dai regolamenti dei beni comuni urbani, i quali sono preordinati naturalmente a realizzare una relazione di collaborazione civica tra amministrazione e cittadini⁹⁷. Tale sottolineatura comporta che nel caso specifico la collaborazione non può che avvenire attraverso la stipula di un patto sicché, diversamente da quanto disciplinato dalla legge generale sul procedimento, o il procedimento si conclude con un accordo o l'accordo non è raggiunto, senza che sia l'amministrazione abilitata ad adottare un provvedimento amministrativo. D'altra parte, l'ipotesi qui presa in considerazione è quella di un procedimento di iniziativa privata, che dall'inizio presenta una proposta di collaborazione che l'amministrazione può più o meno accettare, ma non arbitrare con un provvedimento autoritativo alternativo. L'accordo conclusivo del procedimento, infatti, non è l'esito di un'ipotesi che sorge *nel* procedimento amministrativo, ma *prima* del procedimento e questo costituisce il tratto originario della relazione collaborativa⁹⁸. Si può parlare in questo caso di "accordo necessitato"⁹⁹,

(97) D'altronde la capacità dell'art. 11 di assicurare a norma di riferimento per una varietà di soluzioni concrete molte eterogenee è già nota in dottrina; cfr. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 138-146; M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, cit., pp. 304-310; A. TRAVI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: i Confini Incerti di una Categoria*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 15; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e la collaborazione con il potere*, Pisa, ETS, 2011, p. 562, con quest'ultimo che definisce l'art. 11 come «norma-cornice». Per la giurisprudenza può essere ricordato emblematicamente TAR Lazio, Roma, sez. III, 22 luglio 2014, n. 800, il quale precisa che in carenza degli elementi essenziali per caratterizzare un rapporto in termini di appalto o concessione, a seconda che i destinatari dell'attività oggetto della relazione sia la pubblica amministrazione o gli utenti, «il contratto va configurato con l'accordo sostitutivo, in cui l'apporto collaborativo del privato si inquadra nell'ambito di un rapporto pubblicistico (...)»

(98) Cfr. N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 564, che sostiene la possibilità di procedere ad accordi anche al di fuori di relazioni assunte all'interno di un procedimento amministrativo se il fine principale è quello di realizzare una relazione collaborativa.

(99) La definizione è di P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998, spec. pp. 207, 228 e 234, anche se in un contesto diverso da quello qui preso in considerazione; tuttavia, le premesse teoriche sembrano essere replicabili. Si vedano sugli accordi necessitati anche le considerazioni di G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 252.

nel senso che l'amministrazione, pur libera di accedere alla proposta di accordo, può concludere il procedimento solo con l'atto negoziale, non perché astrattamente le sarebbe precluso un diverso esito ma perché la collaborazione è intesa come fine istituzionale in sé¹⁰⁰. Sicché, anche sostenendo la tesi di legare il patto di collaborazione all'art. 11 non vengono meno elementi di originalità della soluzione data: si afferma, piuttosto, una fattispecie particolare che fa riferimento all'art. 11.

Infine, conferma di questa impostazione può essere dedotta anche dalla nuova disciplina del codice del terzo settore che, sebbene non ricomprenda tutte le forme di cittadinanza attiva potenzialmente ascrivibili ai patti di collaborazione, rappresenta una buona prova di conferma. Il d.lgs. 117/2017, infatti, incardina le relazioni tra amministrazioni ed enti del terzo settore, in cui sono compresi i volontari anche in forma associata (art. 17), intorno al principio di sussidiarietà orizzontale, da cui l'art. 2 fa discendere il principio generale di collaborazione¹⁰¹. Ebbene, anche questa disciplina evidenzia due profili che sembrano particolarmente utili per l'individuazione dell'archetipo normativo di riferimento per i patti di collaborazione. Il primo ha a che vedere con l'istituto di co-progettazione, disciplinato dall'art. 55, che è l'istituto più vicino ai patti di collaborazione: non solamente questo istituto è nettamente se-

(100) Al riguardo si nota che quanti assegnano all'alternatività tra provvedimento e accordo il criterio irriducibile di individuazione delle fattispecie cui applicare l'art. 11, paiono poi entrare in contraddizione quando ammettono che in campo urbanistico, con le convenzioni, si registerebbe un'eccezione, in virtù del fatto che in quella circostanza gli accordi sarebbero strumenti necessari dell'attività pianificatoria precedente e, soprattutto, sarebbero preordinati anche alla tutela dei terzi in relazione all'esercizio della funzione; cfr. A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., pp. 448-459. A prescindere dai casi qui in concreto presi in considerazione in cui la fruizione generalizzata di beni e spazi appare costituire un elemento essenziale della fattispecie e, peraltro, riconducibile ai patti per la gestione del territorio, occorre chiarirsi: se il problema è quello della tutela dei terzi e dei loro interessi che rende giustificato l'art. 11, allora l'obiezione non può consistere nella verifica dell'alternatività tra provvedimento e accordo, atteso che questi ultimi possono essere accompagnati da soluzioni che offrono garanzie in questo senso (i patti di collaborazione, ad esempio, devono garantire trasparenza e pubblicità come previsto dai regolamenti comunali). Implicitamente l'obiezione pare essere stata sollevata anche in una recensione del volume di A. LALLI, *I beni pubblici*, curata da A. SANDULLI, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 275.

(101) L'individuazione delle città quale terreno d'elezione delle forme di collaborazione è stata sottolineata già da P. URBANI, *Politiche pubbliche per le grandi città*, in G. DE MATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Venezia, Marsilio, 2012, p. 326, avvalendosi anche del concetto di «urbanistica consensuale».

parato dalla disciplina delle convenzioni, per le quali si applica l'art. 56, ma la norma richiama l'applicazione dei principi della legge generale sul procedimento amministrativo, il che – se è vero che di per sé non esclude l'applicazione dell'art. 1, c. 1-*bis* – sembrerebbe più esatto sostenere che il riferimento è all'attività di natura autoritativa della pubblica amministrazione. Il secondo elemento è che il codice del terzo settore prevede tutta una serie di agevolazioni a beneficio degli enti del terzo settore, dalle disponibilità di locali ai sostegni finanziari fino alle agevolazioni fiscali, che sono connotate tutte da un evidente regime pubblicistico, come le stesse fattispecie citate evidenziano¹⁰².

6. Città o Comuni?

Ciò che è stato detto fin qui ha riguardato i Comuni o le città? In effetti, ancorché mi sia riferito alle città, il discorso condotto può essere esteso ai Comuni più in generale e non sono mancati passaggi in questo saggio in cui il termine “città” è stato sostituito talvolta con “Comuni” o “Enti locali”. Le città, infatti, sono sempre Comuni (si esclude qui il discorso delle Città metropolitane, ovviamente), mentre certamente non è vero il contrario. L'indistinzione dell'uso di questi termini è indotta anche dall'insufficiente utilizzabilità della definizione di “città” presente nel nostro ordinamento, dal momento che qualifica “città” i soli Comuni che beneficiano di titoli di onorificenza concessi dal Presidente della Repubblica, come recita l'art. 18, d.lgs. 267/2000¹⁰³. È chiaro che una tale definizione non aiuta a impiegare in modo utile giuridicamente il concetto di città. Né, d'altronde, le altre scienze, più aduse a occuparsi

(102) Tuttavia, a questo proposito si deve menzionare un recente parere emesso dal Consiglio di Stato, su cui è lecito avanzare più di una riserva, che confuta integralmente la ricostruzione qui prodotta sulla progettazione con il terzo settore e che potrebbe avere serie conseguenze se recepito nelle nuove linee guida che l'ANAC si accinge ad approvare. Il riferimento è al parere emesso dall'Adunanza della commissione speciale del 20 agosto 2018, n. 2052, che confonde l'istituto della co-progettazione con un qualunque altro contratto pubblico da cui discende tutta una serie di conseguenze, alcune delle quali in evidente contraddizione con la lettera dello stesso art. 55 d.lgs. 117/2017, che limitano l'applicazione di questo istituto innovativo.

(103) Cfr. M. ROVERSI MONACO, *La città nell'ordinamento giuridico*, in *questa Rivista*, 4, 2016, p. 975 ss.

di città, quelle urbanistiche comprese, forniscono sul tema indicazioni certe e inequivocabili¹⁰⁴.

Recentemente UE e OCSE hanno provveduto a definire un *set* di definizioni, individuando le città secondo criteri di densità abitativa per metro quadrato, secondo un indice che dovrebbe corrispondere a 1.500 abitanti per metro quadrato per una complessiva soglia non inferiore a 50.000 abitanti¹⁰⁵. Questo sforzo, tuttavia, che pure è importante per delineare qualche coordinata, potrebbe non essere sufficiente da un punto di vista giuridico perché non spiega abbastanza perché si dovrebbe parlare di città e non di Comuni.

Sebbene sia vero che quanto detto fin qui per le città valga per qualunque Comune, dal punto di vista giuridico possono assumere una valenza discriminante alcuni dati. Il primo è ricavabile dall'osservatorio speciale con cui in questi anni sono stati seguiti i fenomeni descritti in questo saggio¹⁰⁶. Ciò ha messo in rilievo, ad esempio, che l'adozione dei regolamenti per l'amministrazione condivisa e dei patti di collaborazione è concentrata nei Comuni con almeno 20.000 abitanti. Questo dato permette di ritenere che solamente per aree urbane di una certa dimensione si pone il problema di assicurare forme di convivenza tra diritto informale e diritto formale; per i Comuni piccoli e per quelli molto piccoli, la dimensione relativa della macchina amministrativa e dei suoi mezzi, l'alto grado di informalità dei rapporti producono naturalmente una varietà di situazioni di diritto informale che non sono vissute come problematiche e che anzi vedono con diffidenza tentativi di conciliazione con il diritto formale. L'esigenza di equilibrio e i problemi di convivenza si pongono solo per i Comuni medi e per quelli grandi. Certo, si può discutere ancora di cosa sia Comune medio, ma questo può essere un primo elemento di discriminazione. Peraltro in questo senso potrebbe venire in soccorso la nuova disciplina dei piccoli borghi, contenuta

(104) Tale difficoltà, come rileva Nitrato Izzo, è dovuta alla circostanza che l'urbanismo è un concetto non riferito a un oggetto specifico, ma è piuttosto totalmente teorico; cfr. V. NITRATO IZZO, *Gli spazi giuridici della città contemporanea*, Napoli, ES, 2017, p. 14.

(105) Cfr. A.S. BRUNO, *Tra territorio e spazio: la Città metropolitana come politica urbana*, Napoli, ES, 2018, pp. 47-50.

(106) Si veda ancora il *Rapporto 2017* di Labsus, citato già nella nota n. 65.

nella l. n. 158 del 2017, che consente di segnare una demarcazione giuridica più netta tra Comuni assimilabili a città e altri di diversa natura, a proposito dei quali, infatti, la dottrina utilizza il termine di “rigenerazione dei territori” per distinguerla dalla macrorigenerazione e dalla microrigenerazione che interessa sempre i contesti urbani di almeno media complessità¹⁰⁷.

Il secondo punto è offerto dalla prospettiva internazionale: le numerose occasioni in cui a livello internazionale si vede il coinvolgimento diretto delle città, le reti transnazionali orizzontali che coordinano le politiche comuni¹⁰⁸, soprattutto in campo ambientale ed energetico¹⁰⁹, la costruzione delle agende urbane di livello internazionale¹¹⁰ ed europeo¹¹¹

(107) Così, ad esempio, R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, cit., pp. 644-648.

(108) Cfr. F. SCAMARDELLA, *La governance dei network delle città globali: una rilettura dei rapporti tra centro e periferia*, in G.M. LABRIOLA (a cura di), *La città come spazio politico. Tessuto urbano e corpo politico: crisi di una metafora*, Napoli, ES, 2016, p. 283 ss.; M. BELTRÁN DE FELIPE, *La internacionalización de las ciudades (y el regimen municipal)*, in *Rev. Esp. Adm. Loc. y Aut.*, 2007, p. 57 ss.

(109) Gli esempi più importanti si riferiscono naturalmente al programma di *Agenda 21*, lanciato nella Conferenza internazionale di Rio De Janeiro nel 1992, e al *Patto dei sindaci* del 2008, promosso anche dalla Commissione europea, e poi rinnovato nel 2015 con il *Patto dei sindaci per il clima e l'energia*.

(110) Si pensi, ad esempio, all'*Agenda urbana Habitat III*, lanciata nel 2016 a Quito dalla Conferenza delle Nazioni Unite, ma anche al nuovo piano delle Nazioni Unite del 2015 sulle *Sustainable Development Goals*, con i suoi diciassette obiettivi, tra cui quello delle città sostenibili, mirato alla formazione di un'agenda sulle città.

(111) Cfr. F. GASTALDI, *Processi e politiche di rigenerazione urbana delle città europee*, cit., pp. 200-208; C. HALPERN, P. LE GALÉS, *Ascesa e declino della politica urbana dell'Unione europea. Analisi longitudinale degli strumenti di azione pubblica (1972-2006)*, in L. GRAZI (a cura di), *Le città e l'Unione europea. La dimensione urbana tra percorsi storici e dinamiche di europeizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 131-155. L'UE già nel 1997 ha avviato un processo teso alla creazione di un'agenda urbana che però è rimasto fermo per lungo tempo: cfr. la comunicazione della Commissione europea COM(97)197 final, *Towards an urban agenda in the European Union*. Negli anni più recenti, invece, il processo è stato ripreso e, dopo vari incontri informali e dichiarazioni, ha trovato un deciso rilancio nel 2014, tramite la comunicazione della Commissione europea COM(2014) 490 final, *The urban dimension of EU policies – Key features of an EU urban agenda*. Si veda anche E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2016, p. 235 ss. Il 30 maggio 2016 i ministri responsabili delle aree urbane hanno finalmente approvato il *Patto di Amsterdam*, che contiene l'*Agenda urbana per l'Unione europea*, in cui sono contenuti alcuni atti di indirizzo da implementare, volti all'adeguamento della legislazione e della normativa europea al fine di consentire il rilancio delle città intorno ai temi della rigenerazione e della riduzione del consumo di suolo. Si veda anche P. OTRANTO, *Rigenerazione delle aree degradate e patrimonio culturale*, cit., pp. 1898-1903.

hanno permesso di consolidare una differenziazione della complessità delle aree urbane e lo sviluppo di *policy* ad impatto significativo che permette di focalizzare l'attenzione sugli strumenti di governo innovativi¹¹². In questo modo le città si distinguono dalla generalità dei Comuni. C'è, infine, una distinzione di carattere economico che pure può essere adottata: lo sviluppo locale si fonda sempre più sulla capacità dei contesti urbani di saper concorrere tra loro su scala transnazionale in attrazione di capitali, incluso il capitale sociale, dove la scala di media complessità gioca un fattore rilevante¹¹³. Metodi di governo innovativi e sostenibili, fondati sull'innovazione sociale, su servizi collaborativi, su investimenti nella creatività artistica e sociale sono fattori comparativi di vantaggio per lo sviluppo¹¹⁴, su cui si basano non solo le fortune dei luoghi immediatamente interessati, ma anche quelle di uno Stato¹¹⁵. Nel

(112) Cfr. su questa tesi C. IAIONE, *Governing the Urban Commons*, in *It. Jour. Pub. Law*, 2015, p. 170 ss.

(113) Cfr. G. PIPERATA, *Rigenerare i beni e gli spazi della città: attori, regole e azioni*, cit., p. 38. Si possono in proposito ricordare anche i lavori di T. PLUCHINO, A. ZANARDI, *Decentramento fiscale, crescita economica e convergenza territoriale: evidenze empiriche dal caso italiano*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 309 ss.; I. VINCI, *Reti e politiche territoriali. Paradigmi dello sviluppo e pratiche di pianificazione nel contesto europeo*, in L. GRAZI (a cura di), *Le città e l'Unione europea. La dimensione urbana tra percorsi storici e dinamiche di europeizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 75 ss.; C. DONOLO, *Il distretto sostenibile. Governare i beni comuni per lo sviluppo*, Milano, Angeli, 2005; C. TRIGILIA, *Sviluppo locale. Un progetto per l'Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2005; C. TRIGILIA, *Un grande assente nel dibattito sul declino: lo sviluppo locale*, in *Il Mulino*, 2005, p. 28 ss.; G. DE RITA, A. BONOMI, *Manifesto per lo sviluppo locale. Dall'azione di comunità ai patti territoriali*, Torino, Bollati Boringhieri, 1998; R. CAMAGNI, *La città come impresa, l'impresa come piano, il piano come rete: tre metafore per intendere il significato del piano in condizioni di incertezza*, in F. CURTI, M.C. GIBELLI (a cura di), *Pianificazione strategica e gestione dello sviluppo urbano*, Firenze, Alinea, 1996. Si veda recentemente anche l'attenzione posta allo strumento della pianificazione strategica quale documento chiave per lo sviluppo locale; cfr. P. URBANI, *Urbanistica solidale*, cit., p. 99 ss.; D. DONATI, *Primi appunti per un inquadramento giuridico della pianificazione strategica*, in A. STERPA (a cura di), *Il nuovo governo dell'area vasta. Commento alla legge 7 aprile 2014, n. 56*, Napoli, Jovene, 2014, p. 145.

(114) Questa prospettiva è adottata da alcuni studiosi che vedono le città stesse come beni comuni e, quindi, in quanto tali, oggetto di una cura particolare che investe in modo paritario le autorità locali, le rappresentanze sociali, culturali e professionali e le istituzioni cognitive: in questo senso si possono leggere C. IAIONE, *Governing the Urban Commons*, cit., 170 ss.; S.R. FOSTER, *Collective Action and the Urban Commons*, in *Notre Dame Law Rev.*, 87, 2011, p. 57 ss.; S.R. FOSTER, *Urban Informality as a Commons Dilemma*, in *U. Miami Inter. Am. Law Rev.*, 40, 2009, p. 261 ss.

(115) Cfr. G. ENDRICLI, *La tutela dell'ambiente urbano*, in *Dir. pub.*, 2004, p. 273 ss.; M. CAMELLI, *Governo delle città: profili istituzionali*, cit., p. 361 ss.

noto studio di Acemoglu e Robinson¹¹⁶ si dimostra che lo sviluppo economico dipende dall'apertura delle istituzioni, dal loro carattere inclusivo, dalla capacità di riflettere in modo partecipato lo sviluppo. La riscoperta dei processi e delle pratiche sociali messe in rilievo fin qui, con le necessarie implicazioni giuridiche e istituzionali, costituisce un fattore potenziale di dinamicità economica che in tanto può essere apprezzato, in quanto sia sviluppato dalle città di almeno media complessità¹¹⁷. In conclusione, l'apporto del diritto informale ha ricadute apprezzabili quando si sviluppa su aree urbane di media complessità il che giustifica di parlare di "città" e non di "Comuni", benché il primo termine non presenti l'accuratezza definitoria che in altre circostanze si ricerca nel diritto.

(116) D. ACEMOGLU, A. ROBINSON, *Why Nations Fail*, Crown Books, New York, 2012.

(117) Per valutazioni più caute, anche se orientate su temi in parte diversi da quelli affrontati in questo saggio, si veda il contributo di P. COSTA, *La sicurezza della global city. Prassi globale e critica costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018.

La garantía de la autonomía local en el marco de las decisiones de coordinación interadministrativa en España

Juan Carlos Covilla Martínez

In Spagna, il termine “coordinación interadministrativa” è impiegato per riferirsi ad una relazione intersoggettiva di tipo verticale, che implica una posizione di supremazia del coordinante rispetto al coordinato. Gli atti amministrativi espressione di un potere di coordinamento indirizzati verso un Ente locale generano tensione con l'autonomia dell'ente destinatario di tali atti. L'obiettivo del presente contributo è spiegare in che modo opera la natura espansiva e progressiva dell'autonomia degli Enti locali, proprio alla luce degli atti di coordinamento. In questo senso, saranno analizzate le garanzie preliminari, procedurali e sostanziali che dovrebbero essere riconosciute alle amministrazioni locali per mantenere margini di autodeterminazione nelle proprie decisioni, anche quando queste ultime siano state sottoposte a un previo atto di coordinamento.

1. Introducción¹

En España la relación interadministrativa de coordinación en el ámbito local se entabla a partir de una decisión unilateral y vinculante que tiene por destinatario a un ente local. Esta relación tiene una repercusión importante sobre la autonomía local. En efecto, en ella se expresa la capacidad que tiene una administración pública de un nivel territorial

(1) En el presente escrito se utilizarán las siguientes abreviaturas: CE: Constitución Española de 1978; CEAL: Carta Europea de Autonomía Local. Hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985. Aprobada en España el 20 de enero de 1988; EACat: Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; LRBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LRSAL: Ley 27/2013, de 27 de diciembre, Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local; LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

superior al ente local para adoptar una decisión que limite la forma de ejercer una competencia propia local.

La importancia de este tema viene dada porque las decisiones de coordinación son adoptadas día a día por las administraciones públicas y con estas se afecta la autonomía local. Es por esto que resulta necesario que tanto administraciones públicas que ostentan la competencia de coordinación como los entes locales identifiquen garantías fruto de la autonomía local para que evitar que se lleve a su desconocimiento. Estas garantías pretenden concretar la alineación y coherencia de las administraciones públicas, como finalidad propia de las decisiones de coordinación, y la autonomía local reconocida en la Constitución.

El problema jurídico que se pretende abordar es ¿existen garantías concretas fruto de la autonomía local cuando se adoptan de decisiones en el marco de la relación interadministrativa de coordinación? La hipótesis de este trabajo es que la autonomía local opera de forma expansiva y progresiva, en el sentido de que establece reglas concretas en el ordenamiento jurídico para su protección, pero también permite que el ente local o la administración pública coordinante pueda adoptarlas, incluso si no están establecidas en la ley. Si bien se toma como ejemplo la coordinación por poner una tensión considerable sobre la autonomía local, estas garantías pueden ser utilizadas en cualquier decisión que produzca el mismo efecto.

Para desarrollar esta hipótesis, en primer lugar, se establecerá un (§2) concepto de la relación interadministrativa de coordinación y la tensión que produce sobre la autonomía local. En este epígrafe se identificará el contenido de las decisiones de coordinación y se distinguirá del principio jurídico de la organización territorial denominado coordinación. En segundo lugar, se hará un estudio breve sobre (§3) la definición y evolución de la autonomía local y su significado vigente como institución que tiene un carácter expansivo y progresivo sobre el actuar de las administraciones públicas. En tercer y último lugar, se expondrán las (§4) garantías concretas de la autonomía local en el marco de las decisiones de coordinación, que son garantías previas, garantías procedimentales y garantías sustantivas.

2. Relación de la autonomía local y las decisiones de coordinación

En este epígrafe se analizará, en primer lugar (§2.1.), el concepto de coordinación interadministrativa, identificando sus características y la diferencia con el principio jurídico de coordinación interadministrativa. En segundo lugar (§2.2.), la relación que existe en las decisiones de coordinación y la autonomía local.

2.1. Concepto de las decisiones de coordinación interadministrativa

El objeto de las siguientes líneas es hacer notar que en España la coordinación no es un concepto unívoco y, por el contrario, responde a varias instituciones jurídicas. Por esta razón, el intérprete jurídico deberá analizar el identificar con precisión la institución jurídica ante la cual se encuentra para así aplicar el régimen jurídico correspondiente.

El objetivo de este epígrafe es explicar el concepto de las decisiones que se adoptan en el marco de la relación interadministrativa de coordinación. Para esto, se explicarán dos aspectos importantes: 1) el concepto de la relación interadministrativa de coordinación y 2) la diferencia con el principio jurídico denominado coordinación.

En primer lugar, la coordinación es un tipo de relación interadministrativa. Es la relación de dirección que se entabla entre una administración pública de un nivel territorial superior y un gobierno local, relación que se encuentra delimitada por el contenido de la autonomía local. Esta relación se constituye al adoptar una decisión de carácter unilateral y vinculante, que dirige una competencia de un ente local. A continuación, se analiza los elementos que componen este concepto.

Se trata de una relación interadministrativa, que ha tenido un desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial tan amplio como lo ha tenido la cooperación y el control. Consiste en una relación interadministrativa, en tanto que con ella se están vinculando dos administraciones públicas a partir de una decisión administrativa, por un lado, la que lo adopta y, por el otro, el ente local destinatario. Se debe señalar que, por primera vez, la LRSJ² ha regulado con carácter general las relaciones interadministrativas en España².

(2) Al respecto, cfr. M. VILATA REIXACH, *Las relaciones interadministrativas en la nueva Ley de régimen jurídico del sector público*, en *Cuadernos de Derecho Local*, 44, 2017, pp. 51-54.

Dentro del estudio de las relaciones interadministrativas, la coordinación ha destacado por ser una que representa el poder de dirección de una administración pública sobre otra³. El poder de dirección se representa en la habilitación a una administración de imponerse sobre otra. En esa medida, el poder de dirección, entonces, habilita a adoptar una decisión de carácter unilateral y vinculante sobre otra administración pública.

Ahora bien, para que se entienda atribuida la competencia de coordinación no es suficiente solo con establecer expresamente el vocablo “coordinación” en una ley. Es necesario que se identifique un mecanismo preciso que cumpla con los requisitos para ejercer el poder de dirección: la unilateralidad y la obligatoriedad. La razón es que la voz “coordinación” representa una variedad de conceptos, entre otros, el de un principio jurídico⁴, tal como se verá a continuación.

En segundo lugar, es necesario diferenciar la coordinación como relación interadministrativa del principio jurídico de organización adminis-

(3) No es unánime la doctrina en definir la coordinación como un poder de dirección. Otra parte de la doctrina la define como un método de actuación. E incluso algunos entienden que esta figura no representa un mecanismo de relación interadministrativa, sino solo un principio de actuación de la administración pública. Para profundizar en la coordinación como un poder de dirección, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 17 ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2015, pp. 356-358. En el mismo sentido P. SANTOLAYA MACHETTI, *Descentralización y cooperación (introducción al estudio de los mecanismos de cooperación en los Estados basados en la descentralización política; su aplicación al caso español)*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pp. 313-317; L. MORELL OCAÑA, *La coordinación del Estado y las CC.AA con la Administración local*, en *Documentación Administrativa*, 230-231, 1992, pp. 118 y 184; P. MENÉNDEZ, *Las potestades administrativas de dirección y de coordinación territorial*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 181-194; M. JIMÉNEZ DORANTES, *Coordinación interadministrativa en la ordenación territorial*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 48-49; F. SOSA WAGNER, *Manual de Derecho Local*, 9 ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 12; J.L. RIVERO YSERN, *Manual de Derecho Local*, 7 ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 346-350, y M. ALMEIDA CERREDA, *Las relaciones entre las Administraciones públicas: colaboración, control y conflicto*, en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, Iustel, 2009, pp. 432-434. Este último incluye en la cooperación instrumentos tales como los planes y las bases (que para García de Enterría y Fernández eran diversos), aunque teóricamente adopta la posición de que la coordinación la hace una administración pública que está en un nivel territorial superior y tiene capacidad de decidir. Para Sánchez Sáez, aun cuando se trata de un principio jurídico, este conlleva un poder de dirección: A.J. SÁNCHEZ SÁEZ, *Las relaciones interadministrativas*, en H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (ed.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Madrid, WoltersKluwer, 2016, pp. 434-436.

(4) M. SÁNCHEZ MORÓN, *La coordinación como concepto jurídico*, en *Documentación Administrativa*, 230-231, 1992, pp. 22-23.

trativa. Si bien lo expuesto hasta este punto permite una caracterización de la relación interadministrativa, es preciso señalar que el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia frecuentemente confunden estos dos conceptos.

La coordinación como principio jurídico de la organización administrativa se encuentra establecida en artículos tales como el art. 103 de la CE y en el art. 3.1. y 140.1 de la LRJSP. Con este principio jurídico los órganos y las administraciones públicas procurarán que su actuación sea alineada y coherente cuando existan intereses concurrentes sobre una materia. Por tanto, como principio jurídico se aplica tanto a las relaciones interorgánicas e intersubjetivas (o interadministrativas).

Para explicar de mejor manera el contenido esta institución jurídica, es necesario precisar el concepto de principio. La doctrina ha dicho que «los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas»⁵. En esa medida, la coordinación como principio jurídico sería ese mandato de optimización mediante el cual las administraciones públicas buscarán cumplir en la medida de lo posible la alineación y coherencia de sus actuaciones, de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas.

Como consecuencia de este análisis, no se podría exigir en el marco del principio de coordinación un resultado concreto, es decir, una actuación perfectamente alineada y coherente, sino que dicha actuación alineada y coherente se lleve a cabo en la medida de sus posibilidades. Bien es posible que se logre el resultado de la coordinación, pero esto solo será posible si se cuenta con los instrumentos fácticos y jurídicos para ello. Entre los instrumentos que podría usar están las relaciones interadministrativas, como la de coordinación.

Esta última nos permite identificar una diferencia de la coordinación como principio jurídico de organización administrativa y la relación interadministrativa. Mientras la primera procura el resultado de actuar de manera alineada y coherente la segunda es un instrumento a través del

(5) R. ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 95-96.

cual se puede dirigir la actuación de otra administración pública, lo que podría llegar eventualmente a terminar una actuación alineada.

Para finalizar, se debe señalar que la evolución en Italia de la institución jurídica denominada “*coordinamento*” no ha sido idéntica a aquella que se ha expuesto en el ordenamiento jurídico español. En Italia esta figura ha pasado por varios conceptos, tal como se verá a continuación⁶. Tanto uno que se refiere a una relación vertical en la organización administrativa, tan parecida a la que se ha definido en España como poder de dirección, que ha sido denominada como “*indirizzo*” y que aún hoy se encuentra en el ordenamiento jurídico. También se encuentra la coordinación como relación horizontal en la organización, similar a aquello que en España se ha denominado cooperación⁷. Otra las formas como se ha entendido la coordinación como mecanismo para integración de los intereses de las administraciones públicas involucradas⁸, que podría de cierta forma asimilarse a aquel que en España se encuentra como un principio jurídico.

2.2. *Relación normativa entre las decisiones de coordinación y la autonomía local*

Para finalizar este epígrafe se hará referencia la relación que existe en la ley entre las decisiones de coordinación y la garantía de la autonomía local. La regulación de las bases de régimen local establece una norma

(6) En Italia se ha dicho incluso que la coordinación no es una categoría jurídica. S. CASSESE, *Il coordinamento prima e dopo Bachelet*, en G. AMATO, G. MARONGIU (dirs.), *L'amministrazione della società complessa: in ricordo di Vittorio Bachelet*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 19-23.

(7) V. BACHELET, *Coordinamento*, en *Scritti Giuridici*, Milán, Giuffrè, 1981, p. 171 (publicado originalmente en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milán, Giuffrè, 1962), F. MIGLIARESE TAMBURINO, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padua, Cedam, 1979, pp. 32 y 82, M. DE DONNO, *Tra coordinamento e collaborazione: enti di area vasta ed Unioni di Comuni*, en L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (eds.), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini, Maggioli, 2017, pp. 145-150, V. CERULLI IRELLI, *La Provincia metropolitana, en Intervención en el congreso organizado por la Provincia de Bolonia denominado “Il titolo V della Costituzione, il ruolo della Provincia e della città metropolitana”*, 7 de febrero de 2003, p. 2., “http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/CERU/CERULLI-ProvinciaMetropolitana-7_2_0.pdf” [Consulta: 16 de noviembre de 2018], y F. MERLONI, *Le funzioni sovracomunali tra Provincia e Regione*, en *esta Revista*, 5, 2006, pp. 52-54.

(8) F. CORTESE, *L'organizzazione amministrativa e le autonomie territoriali nel pensiero di Benvenuti*, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 2017, p. 90.

concreta en la que se indica que «las funciones de coordinación serán compatibles con la autonomía de las entidades locales» (art. 10.4 LRBRL). Esta norma es importante para este estudio en tanto que establece una obligación respecto de la administración pública coordinante (la de hacer compatible su decisión con la autonomía local) a la vez que reconoce un derecho sobre el ente local coordinado (la garantía de la autonomía local).

La voz “compatible” denota que coordinación y autonomía no son excluyentes, solo que se debe conocer el punto hasta el cual puede llegar la primera para evitar desconocer la segunda. En otras palabras, se trata de identificar unos límites concretos que se deben respetar para garantizar la autonomía local.

Se habla de límites, debido a que las decisiones de coordinación siempre afectan la autonomía local. Esto se puede constatar en la configuración conceptual que se ha realizado en el epígrafe anterior, cuando se afirmó que el contenido de la coordinación era dirigir la actuación de un ente local a través de decisiones unilaterales y vinculantes. El solo hecho de que se adopten decisiones que dirigen la actuación de los entes locales demuestra la afectación de la autonomía local. El punto de interés es identificar el límite hasta el cual se puede afectar la autonomía local sin que eso lleve a vulnerarla. Para ello se plantearán unas garantías concretas.

3. El carácter progresivo y expansivo de la autonomía local frente a la actuación de las administraciones públicas

En este epígrafe se analizará (§3.1.) la definición y evolución del concepto de la garantía de la autonomía, tal como ha sido estudiado por la doctrina. Más adelante, se expondrá (§3.2.) el estudio de la autonomía local como una garantía en expansión y progresión.

3.1. Definición y evolución de la garantía de la autonomía local

El concepto de la autonomía local ha sido ampliamente debatido. En todo caso, puede plantearse su estudio desde una perspectiva negativa y positiva, esto es, analizando aquellos aspectos que pretende proteger esta garantía y los aspectos sobre los cuales puede incidir activamente.

Se advierte que este trabajo se enfocará desde ambas partes, es decir, el carácter progresivo de la garantía de la autonomía local, que se mira activamente en el contenido competencial del ente local, y también los aspectos que protege. A continuación, se pasará a revisar brevemente el concepto de esta figura, a partir de lo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional española han expuesto.

Los arts. 137 y 140 a 142 de la CE establecen que los municipios y las provincias son entidades locales a las cuales se les reconoce la personalidad jurídica y gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses. Estas normas componen el denominado principio constitucional de la autonomía local, que viene a ser desarrollado luego por los Estatutos de Autonomía de las Comunidades autónomas, la LRBRL y las leyes autonómicas que se dedican a la autonomía local, al establecer competencias, garantías y potestades a las entidades locales. Todo esto viene complementado por el contenido del art. 3 de la CEAL, que tiene plena aplicación en España⁹.

A partir de la configuración normativa de la autonomía local, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha desarrollado el contenido de este principio jurídico. Lo ha hecho desde las dos perspectivas que hemos apuntado, una de protección y otra de actuación. Juntas permiten a los entes locales ejercer plenamente el contenido mínimo que este repre-

(9) La CEAL es un tratado internacional que ha sido ratificado por España el 15 de octubre de 1985, por lo que se encuentra integrado al ordenamiento jurídico español. Según la doctrina española, lo contenido en ella resulta indisponible para el legislador y de aplicación obligada a todas las administraciones públicas. L. ORTEGA ÁLVAREZ, *La Carta Europea de Autonomía Local y el ordenamiento local español*, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 259, 1993, pp. 483-486 y R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *La presencia de la Carta Europea de la Autonomía Local en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre autonomía local de 2004*, en *Anuario del Gobierno Local 2004*, Fundación Democracia y Gobierno Local, p. 312. No obstante, esta situación no es igual en todos los Estados firmantes, ya que existen diversos niveles de recepción de la CEAL. Cfr. F. MERLONI, *La Carta Europea de Autonomía Local y su recepción en Italia y en España*, en *Anuario del Gobierno Local 2010*, Fundación Democracia y Gobierno local, pp. 501-503; J. TORNOS MAS, *Conferencia sobre la Carta Europea de Autonomía Local (Barcelona, 23-25 de enero de 1992) Por un sistema de control de la Carta Europea de Autonomía Local*, en *Revista de Estudios de la Administración Local*, 255-256, 1992, pp. 815-821, y S.H. BAILEY, *The Structure, Powers and Accountability of Local Government*, en D. FELDMAN (ed.), *English Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 213.

sentas, esto es, el autogobierno y la posibilidad de adoptar sus propias decisiones, además de hacerse responsables por ellas¹⁰.

Ahora bien, el contenido de la autonomía local no está acabado ni es inmutable y, en realidad, obedecerá al desarrollo normativo que tenga esta figura en cada ordenamiento jurídico. Por esto, expondremos las tesis que han sido desarrolladas por la doctrina para explicar el contenido de la autonomía local.

La primera referencia a la definición del contenido de la autonomía local que hizo el Tribunal Constitucional español se basó en la tesis que denominó como una «garantía institucional»¹¹, que seguía lo que ya la doctrina había expuesto sobre la materia¹². La idea que se planteaba con esta tesis es que la autonomía local cuenta con un núcleo esencial que no puede ser afectado por el legislador ni por una administración pública. En esa medida, la “garantía institucional” se instauraba como un mecanismo de protección y defensa de la autonomía local, más que del reconocimiento de unas determinadas prerrogativas de actuación. La determinación del contenido de ese núcleo esencial siempre fue objeto de debate¹³, pero lo que sí se podía reconocer es que una afectación al núcleo esencial de la autonomía local, representaba el desconocimiento de la imagen que se tiene en la consciencia social en cada tiempo y lugar.

Este primer avance para explicar el contenido de la autonomía local sirvió para dar sustantividad a los entes locales frente a los demás poderes políticos del Estado. Esta tesis, a su vez, fue sometida a una revisión y

(10) A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, Barcelona, Atelier, 2001, p. 82.

(11) STC 32/1981 Fj 3; STC 38/1983 Fj 6; STC 170/1989 Fj 9; STC 109/1998 Fj 2; STC 51/2004 Fj 9; STC 83/2005 Fj 7; STC 252/2005 Fj 4 y STC 240/2006 Fj 7.

(12) L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, IEAL, 1981, p. 119 y ss.

(13) F. VELASCO CABALLERO, *Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, en J.A. SANTAMARÍA PASTOR (ed.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014, pp. 85-86.

complementación con la intención de ajustarla a la configuración constitucional que tiene esta figura en el ordenamiento jurídico español¹⁴.

El complemento de esta tesis denominada “garantía constitucional” de la autonomía local fue presentada como la visión positiva o de actuación que contiene este principio constitucional. En esa medida, el objetivo era exponer que el contenido de la autonomía local no se limitaba a proponer unas determinadas medidas de protección al núcleo esencial, sino que habilitaba a los entes locales a actuar de manera concreta en determinados ámbitos. A los entes locales se le deben reconocer unos determinados atributos que consisten en un catálogo de competencias propias, la posibilidad de pronunciarse sobre sus propios intereses y la protección judicial de las mismas¹⁵.

Siguiendo esta línea, la doctrina ha propuesto que la autonomía local constituya «un poder constitucional de progresiva elevación estatutaria y legal»¹⁶. Bajo este planteamiento, se entiende que debido a que la autonomía local es un principio jurídico establecido en la Constitución, la aplicación de las normas que lo desarrollan debe propender por su promoción. Los elementos mínimos que, en todo caso, se deben reconocer con fundamento en este principio son (i) los estándares mínimos de la autonomía local que son determinados y a su vez superados por la misma ley y (ii) poderes jurídicos que se otorgan a los entes locales y que pueden ser exigibles por parte de éstos.

Así pues, una parte importante de la identificación del principio de la autonomía local es que su contenido no es estático y, por el contrario, se requiere de una progresión en su implementación. Cada sector tendrá su propio contenido mínimo, de acuerdo con la regulación que tenga la materia y el desarrollo jurisprudencial que se haya dado sobre ésta. Entre los ejemplos que podemos encontrar sobre este desarro-

(14) J. GARCÍA MORILLO, *La configuración constitucional de la autonomía local*, Madrid, Marcial Pons, pp. 32-43.

(15) T. FONT I LLOVET, *La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución: Perspectivas de cambio*, en *Claves de Gobierno Local*, 7, 2008, p. 39.

(16) F. VELASCO CABALLERO, *Autonomía Municipal*, en *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y profesionales (Actas del II Congreso de la AEPDA, Santander, 9 y 10 de febrero de 2007)*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 41-76.

llo, podemos observar el poder decisorio propio, la posibilidad de pronunciarse sobre asuntos que le afecten, la exclusión de una dependencia jerárquica en el ejercicio de competencias propias y la prohibición de la desintegración de la corporación por motivos de orden público. Sin embargo, los más recientes fallos sobre la LRSAL han expuesto que la potestad legislativa puede ampliar o reducir el alcance de la autonomía local, lo cual rompe con la tradición que sobre la materia existía. Incluso, la doctrina señala esto lleva a pensar que la autonomía local, en realidad, se reduce a una “garantía institucional”¹⁷. Los contenidos mínimos que los fallos STC 41/2016 y 111/2016 dan a entender que configuran el núcleo esencial de la autonomía local son: la potestad de autoorganización local, el reconocimiento de la autonomía y suficiencia financiera y la limitación a los controles sobre el ente local¹⁸.

3.2. El carácter progresivo y expansivo de la autonomía local

Se explicó en el epígrafe anterior que las decisiones de coordinación son compatibles con la autonomía local. Además, se indicó que para que fueran compatibles se necesitaba que las decisiones de coordinación no sobrepasaran un límite para llevar a desconocer la autonomía local.

El asunto problemático de este planteamiento es establecer dicho límite. La ley no indica concretamente cuál es. La jurisprudencia, por su parte, tal como se ha estudiado, ha avanzado en dar un contenido a la autonomía local, pero no ha alcanzado a prever concretamente todos los aspectos que representa este principio.

En este epígrafe se explicará el carácter progresivo y expansivo de la autonomía local, que permitirá establecer las garantías concretas que surgen de este principio. Si son respetadas estas garantías, se podrá identificar el límite que diferencia la simple afectación de la autonomía local de su desconocimiento.

(17) R. GRACIA RETORTILLO, *La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía Local*, en *Anuario del Gobierno Local*, 2015/16, Fundación Democracia y Gobierno local, p. 249.

(18) R. GRACIA RETORTILLO, *op. ult. cit.*, pp. 245-260.

Uno de los aspectos que se lograron advertir de la exposición del contenido de la autonomía local que fue expuesto más arriba es que ésta tiene un carácter progresivo, es decir, que no se limita a la definición concreta de un determinado aspecto, sino que debe ir avanzando lentamente y alcanzando un mayor reconocimiento. La propuesta en este epígrafe es indicar que la autonomía local no solo busca avanzar para reconocer su contenido en determinados ámbitos, sino que es expansivo, en tanto que la sola existencia de este principio permite otorgar al ente local unas determinadas garantías en todos los sectores de actuación que no necesariamente se encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico.

En pocas palabras, la autonomía local acapara los ámbitos de actuación de las administraciones públicas constituyendo derechos y obligaciones, según corresponda, para garantizar su misma existencia. Esta percepción de la autonomía local deviene del hecho de que se trate de un principio jurídico¹⁹. La administración pública que adopte decisiones que puedan llegar a afectar la autonomía local debe tomar las medidas que busquen respetarla.

Sobre este aspecto no tendríamos la discusión que inicialmente generó la categoría de “garantía institucional” de la autonomía local, propia del derecho alemán y que fue encajada en la doctrina y jurisprudencia española para definir este concepto. El inconveniente que se planteaba es que en derecho alemán esta figura sí tenía sentido pues la institución jurídica era previa a la Constitución, mientras que en España fue una institución insertada en la misma²⁰.

Este inconveniente no se tendría con este planteamiento que aquí se propone porque define la autonomía local de manera indistinta, tanto como figura previa a la Constitución o como figura insertada en ella. Lo

(19) F. VELASCO CABALLERO, *Autonomía Municipal*, cit., p. 48.

(20) *Ivi*, p. 44. Algo similar sucede con la Constitución colombiana de 1991, que incorporó el denominado principio de autonomía territorial, asunto que no había sido incorporado en la su predecesora Constitución de 1886. Esto ha dado lugar a estudiar la autonomía municipal como un principio de actuación de las administraciones públicas por la Corte Constitucional y la doctrina colombiana. P. ROBLEDO SILVA, *La autonomía municipal en Colombia*, Bogotá, 2010, pp. 224-27.

que realmente será determinante será la existencia de esta institución jurídica en la Constitución con categoría de principio jurídico.

La progresión estatutaria y legal de la que se habló en el primer epígrafe de este trabajo se complementa con el planteamiento que aquí se expone. Consiste pues en establecer que, si una administración pública tiene los medios jurídicos disponibles para reconocer y potenciar la autonomía local, debe tomar las medidas administrativas necesarias para ello.

Las medidas administrativas a su alcance no necesariamente deben estar establecidas inicialmente para el reconocimiento de la autonomía local, pero si cumplen esta finalidad serán suficientes. A manera de ejemplo, que se desarrollará más adelante, el procedimiento administrativo de adopción de una decisión unilateral debe buscar convocar al ente local por cuanto sea necesario para absolver las dudas que se presenten respecto de una eventual vulneración de la autonomía local. Esto debería ser así, aun cuando la regulación del procedimiento administrativo no haya sido prevista para la garantía de la autonomía local.

La autonomía local permea toda la actuación de las administraciones públicas. La identificación de una decisión administrativa que pueda afectar la autonomía local activa este principio y exige de quien es titular de la competencia adoptar la decisión que utilice las herramientas que tenga a su cargo para garantizar y promover la autonomía local. Desde la otra cara de la moneda, esto es, la perspectiva de los entes locales, éstos cuentan con un derecho a exigir las medidas necesarias para garantizar su autonomía local, ya sea de manera buscando su protección o una actuación que lo permita.

4. Concreción de la garantía de la autonomía local en decisiones de coordinación

El sentido de analizar el contenido de la autonomía local en el marco de la relación interadministrativa de coordinación es que se pueda identificar concretamente el carácter progresivo y expansivo del primero. De esta manera, a partir de un ejemplo concreto se puede examinar el funcionamiento de la autonomía local cuando ésta está siendo puesta en tensión por un mecanismo tan incisivo como la coordinación.

Generalmente entre las relaciones interadministrativas se ve al control como una relación que debe ser utilizada con mucho cuidado, incluso limitando alguna de sus expresiones como los controles de conveniencia, debido al riesgo que produce en la autonomía local²¹. Sin embargo, tal como se ha visto previamente, la autonomía local se puede ver tanto o más afectada por las decisiones de coordinación que por las de control. El motivo es que esta relación interadministrativa le otorga la competencia a una administración pública de un orden territorial superior al del gobierno local para que adopte una decisión que vincula al ente local. Esta decisión atendería a motivos de conveniencia que reflejan la concreción del interés supramunicipal, ese que tiene la administración que coordina, ya que el objetivo de adoptar una decisión motivada por la legalidad se da por presupuesta.

Ante un mecanismo que tiene tal repercusión sobre la autonomía local vale la pena, entonces, revisar el funcionamiento de la autonomía local. Esta revisión no será solo desde una perspectiva estática, es decir, de análisis de la protección que el ordenamiento jurídico brinda a partir de la regulación existente en la LRBRL y otras normas, sino desde una perspectiva dinámica, aquella que representa el carácter expansivo y progresivo del principio de la autonomía local.

A partir de un caso concreto, que es el de las decisiones unilaterales y vinculantes, se podrá ver la repercusión que tiene la coordinación sobre las administraciones públicas que constituyen el vínculo fruto de la relación de coordinación. Con esto se pretende hacer énfasis en que el principio de autonomía local repercute tanto en el gobierno local, como en la administración pública que adopta una decisión que afecta a la primera. Sobre el gobierno local, debido a que le otorga mecanismos para que pueda defenderse de decisiones que puedan llevar a desconocer la institución y debido a la posibilidad de adoptar decisiones que concreten esa autonomía local. Respecto de la administración pública

(21) Tal como se explica en la STC 4/1981. Sobre el contenido de la relación interadministrativa de control véase E. GIMÉNEZ I CORRONS, *Los controles administrativos sobre los entes locales*, Madrid, Marcial Pons e Institut d'Estudis Autonòmics, 2001, pp. 83-85 y M. ALMEIDA CERREDA, *La configuración del sistema de controles administrativos sobre los entes locales en el marco de los procesos de reforma estatutaria*, en L. COSCULLUELA MONTANER, E. CARBONELL PORRAS (dirs.), *Reforma estatutaria y régimen local*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, p. 379.

que adopta decisiones que puedan afectar la autonomía local, en tanto que sus actuaciones y decisiones deben respetar su contenido, funcionando entonces como una limitación a la discrecionalidad de la decisión a adoptar.

A partir de este ejemplar puede constituir una teoría general sobre las formas cómo opera la autonomía local cuando se adopten decisiones que afecten la autonomía local, que no necesariamente sean adoptadas en el marco de una relación interadministrativa de coordinación.

A continuación, se explicarán los tres tipos de garantías que se pueden otorgar a los entes locales en el marco de decisiones de coordinación: (§4.1.) previas, (§4.2.) procedimentales y (§4.3.) sustantivas. En cada una de ellas se expondrá la normativa vigente y, a su vez, se analizará la influencia que la autonomía local puede tener sobre ellas.

4.1. *Garantía previa*

La primera garantía se encuentra establecida en el art. 59 de la LRBRL²². En dicha norma se configura un requisito previo para la adopción de un mecanismo de coordinación, el plan sectorial. El objeto de la norma es establecer, previo a la adopción de dicho plan, un requisito de haber intentado un mecanismo de cooperación, siempre que éste sea posible. En otras palabras, si la administración pública que pretende adoptar el plan sectorial, advierte que puede lograr el objetivo esperado a través de un mecanismo de cooperación, debe preferirlo en vez de la coordinación²³.

(22) Art. 59 de la LRBRL: «A fin de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones públicas, en los supuestos previstos en el número 2 del artículo 10 y *para el caso de que dicho fin no pueda alcanzarse por los procedimientos contemplados en los artículos anteriores* [la cooperación] o éstos resultaran manifiestamente inadecuados por razón de las características de la tarea pública de que se trate, las Leyes del Estado y las de las Comunidades Autónomas, reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, podrán atribuir al Gobierno de la Nación, o al Consejo de Gobierno, la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y, en especial, de las Diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias» (Cursivas nuestras).

(23) M.J. ALONSO MAS, *Capítulo II Relaciones interadministrativas, artículos 55-62*, en M.J. DOMINGO ZABALLOS, *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, t. I, 3 ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2013, pp. 1239-1240.

El mensaje que contiene esta norma es que la cooperación se debe preferir a la coordinación. Si bien la razón no viene expuesta en la norma se puede entender a la luz del objeto de estudio de este trabajo: la autonomía local. La relación interadministrativa de cooperación promueve la autonomía local, ya que la posibilidad de manifestar su voluntad para lograr el acuerdo representa una expresión de la capacidad de adoptar sus propias decisiones, elemento típico de la autonomía local. Por su parte, en la relación interadministrativa de coordinación se adoptan decisiones que, como se ha mencionado más atrás, en todo caso afectan la autonomía de la voluntad.

Una lectura adecuada de este mensaje nos lleva a expandir su aplicación a los demás mecanismos de coordinación. Si bien no existe una norma concreta que establezca un requisito previo para otros mecanismos de coordinación, como el plan provincial de obras y servicios, bien es posible entender que una expresión del principio de la autonomía local lleva a preferir que las administraciones públicas adopten decisiones que no afecten a la autonomía local.

Una duda salta a la vista, si tanto la cooperación como la coordinación son relaciones que garantizan la alineación y coherencia del sistema de administraciones públicas, ¿cuál sería el fundamento para que todavía se utilicen mecanismos de coordinación que afectan la autonomía local? La razón es que el legislador tiene la posibilidad de establecer mecanismos que, si bien afectan la autonomía local, permiten precisamente garantizar la alineación y coherencia del sistema como fórmulas de cierre, esto es, como instrumentos definitivos que operan en caso de que otros más débiles no funcionen. Al final, el Estado es uno solo y las administraciones públicas que hacen parte de ella tienen que buscar diversas fórmulas para lograr su alineación, sin desconocer la autonomía que se le reconoce a cada una de ellas.

Cuando se señala que es el legislador el que decide la posibilidad de establecer estos mecanismos se quiere dar a entender que se trata de una decisión política. Bien puede un ordenamiento jurídico no instituir mecanismos de coordinación, porque el legislador no lo considera adecuado. O bien puede ser la jurisprudencia la que puede dar prevalencia al principio de la autonomía local e interpretar que en aquellos ca-

sos en los que se habla de coordinación se debe pretender fórmulas de consenso, tales como los de cooperación²⁴.

4.2. *Garantías procedimentales*

Si la administración pública advierte que es necesario acudir a la decisión de coordinación para lograr los objetivos fijados, se debe analizar el procedimiento a seguir con el fin de establecer garantías fruto de la autonomía local.

Las garantías procedimentales que se estudiarán en este apartado son producto de un estudio del procedimiento administrativo de adopción de la decisión administrativa de coordinación. Como se verá, el principio de la autonomía local produce transformaciones importantes incluso en la finalidad de un procedimiento administrativo.

Para explicar esta afirmación utilizaremos dos ejemplos concretos: el principio del debido proceso y el principio de coordinación, que ambos operan sobre el procedimiento administrativo. Cuando se pretende adoptar una decisión administrativa, el primero busca que aquel que sea afectado por la decisión administrativa tenga la posibilidad de conocer y pronunciarse de manera oportuna respecto del contenido de la misma. En esa medida, el procedimiento administrativo contiene reglas concretas que promueven tal aspecto y, a su vez, exige a la administración que adelanta el procedimiento adoptar todas las medidas necesarias para llegar a garantizarlo.

Respecto del segundo principio, el de coordinación, lo que se busca es que la administración pública que adopte la decisión utilice todos los

(24) En Italia un argumento importante para el desarrollo de esta tesis es la reforma del título V de la Constitución Italiana en 2001 y el sentido de la sentencia 303/2003. En esta última se indica que el Estado debe buscar que en las decisiones que deba adoptar con junto con las regiones haya acuerdo: F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo: dinamiche e interpretazioni*, Milano, FrancoAngeli, 2012, pp. 63-70 y p. 212. En Colombia principalmente se puede citar la sentencia de la Corte Constitucional C-035/2016. Una opinión contraria en Italia se encuentra en M. DE DONNO, *Tra coordinamento e collaborazione: enti di area vasta ed Unioni di Comuni*, cit., pp. 145-150. Asimismo, se puede observar en la función de las provincias italianas en C. TUBERTINI, *Le Province*, en M. ALMEIDA CERREDA, C. TUBERTINI, P. COSTA GONÇALVES (eds.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Cizur Menor, Civitas, 2015, pp. 447-450. Para consultar el estado de las Provincias anterior a estas reformas, cfr. L. VANDELLI, *La riorganizzazione delle Province*, en *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Treccani.

mecanismos establecidos en la ley que busquen una actuación alineada y coherente de las administraciones públicas que se vean involucradas en la decisión administrativa.

Así como en los ejemplos de los principios del debido proceso y de la coordinación, el principio de la autonomía local tiene una repercusión importante sobre el procedimiento administrativo a través del cual se adopta la decisión administrativa. La administración pública que adopte la decisión tendrá que llevar a cabo las etapas establecidas en la norma que regula el procedimiento, pero a su vez deberá enfocar el procedimiento administrativo en la garantía de la autonomía local, por lo que tendrá que usar todas las herramientas posibles para llevar a cabo el cumplimiento de este.

A continuación, se expondrán diversas fórmulas a través de las cuales se puede garantizar la autonomía local en un procedimiento administrativo de una decisión de coordinación. Algunas de estas garantías pueden estar en la ley y otras no. Dentro de las que no están incorporadas en la ley, algunas se pueden adoptar fruto del principio de la autonomía local y otras requieren de una norma concreta adoptada por el legislador.

4.2.1. Participación de los entes locales en el procedimiento

La participación de los entes locales en el procedimiento administrativo es uno de los aspectos que está establecido en la ley. Sin embargo, hay algunos aspectos propios de la intervención del principio de autonomía local en esta etapa del procedimiento, tal como se verá más adelante.

El art. 2.1. de la LRRL señala lo siguiente: «Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y

eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera»²⁵.

Esta regla es una manifestación concreta del principio de autonomía local, en cuanto exige que los entes locales sean consultados «en cuantos asuntos afecten directamente el círculo de sus intereses», es decir, que la autonomía local no solo se manifiesta en un poder de autogobierno sino en un poder de ordenar y conformar los demás niveles de gobierno²⁶. De esta forma, no solo frente a una decisión de coordinación, sino ante cualquier decisión que pueda afectar la autonomía local, debe ser escuchado el ente local²⁷.

Un primer aspecto a analizar es la forma cómo se concreta esta intervención de los entes locales en la decisión. Esta puede ser de diversas formas: de manera individual, por cuerpos colegiados o por asociaciones representativas de los municipios. La forma ideal sería, por supuesto, acudir de manera directa e individual a cada uno de los entes locales afectados, pero es posible que su opinión se pueda ver manifestada de manera colectiva, así se establece en la CEAL²⁸.

(25) La jurisprudencia se ha referido a esta norma al señalar que una expresión de la autonomía local es «participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen», STC 32/1981 Fj 3.

(26) M. VILALTA REIXACH, *El Consejo de Gobiernos Locales: La nueva participación de los entes locales en las Comunidades Autónomas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 51-53; T. FONT I LLOVET, *La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución: Perspectivas de cambio*, en *Claves de Gobierno Local*, 7, 2008, p. 42, y L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Los contenidos mínimos del derecho de participación*, en AA.VV., *Ponències del Seminari de Dret Local*, 5, 1993, Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, p. 232.

(27) Además de esta norma general, respecto de la coordinación existe una regla concreta sobre la materia en el art. 58.2 de la LRRL, que señala «En todo caso, las Administraciones que tengan atribuidas la formulación y aprobación de instrumentos de planificación deberán otorgar a las restantes una participación que permita armonizar los intereses públicos afectados».

(28) Art. 3 de la CEAL: «1. Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las Entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.2. Este derecho se ejerce por Asambleas o Consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la Ley».

Un segundo aspecto es la incidencia que esta decisión tiene en el procedimiento administrativo. A continuación, se hará un estudio desde tres perspectivas: preceptivos y potestativos, vinculantes y no vinculantes y la motivación de la decisión.

El carácter preceptivo o potestativo de la intervención del ente local dependerá de la situación ante la cual se enfrente la administración pública que adopte la decisión de coordinación, posición que tendría cabida en lo establecido en la CEAL²⁹. Si el procedimiento administrativo para adoptar la decisión permite el tiempo suficiente para escuchar a los posibles afectados, se debe permitir este espacio y la intervención será preceptiva. Pero si la decisión que se pretende tomar requiere de una atención inmediata y para cumplir la finalidad de la coordinación no se cuenta con el tiempo suficiente para escuchar a todos los posibles afectados la intervención se torna potestativa³⁰.

Por su parte, el carácter vinculante o no de la decisión no tiene tanta discusión como el anterior. La intervención que realice el ente local no puede ser vinculante, porque si fuera así la decisión se convertiría en una codecisión, ya que sería la suma de la voluntad de la administración pública coordinante y del ente local coordinado³¹. En esa me-

(29) El art. 4.6. de la CEAL señala que «las entidades locales deben ser consultadas, en la medida de lo posible, a su debido tiempo y de forma apropiada, a lo largo de los procesos de planificación y de decisión para todas las cuestiones que les afectan directamente». Se debe hacer un comentario sobre la expresión «en la medida de lo posible, a su debido tiempo y de forma apropiada», puesto que se percibe ambiguo en su contenido. Se pueden plantear varias dudas: se debe hacer una consulta a las entidades locales o dicha consulta se debe hacer en el debido tiempo y la forma adecuada. La doctrina ha señalado que la CEAL cuenta con este tipo de inconvenientes de interpretación y aplicación principalmente por dos razones. Por un lado, la CEAL debía procurar un lenguaje común para los Estados firmantes que en ocasiones terminó por ser abstracto y ambiguo. Por otro lado, los Estados firmantes no se querían comprometer en grados tan altos que terminarían por ser contraproducentes y, por el contrario, se dejaron márgenes de apreciación para que cada Estado fijara condiciones ajustadas a su realidad. C. HIMSWORTH, *Treaty-making for standards of local government: The European Charter of Local Self-Government and its possible application beyond Europe*, en *University of Edinburgh School of Law Working Paper*, 24, 2011, pp. 8-9.

(30) Este sería el caso de una decisión inmediata por motivos de urgencia ambiental. En ocasiones, este tipo de decisiones no dan espera para lograr consultar a todos los afectados en la decisión. No por ello se debe desconocer la autonomía local. La misma administración debería tomar las medidas que garanticen esta decisión.

(31) Cfr. L. MEDINA ALCOZ, *La participación de los entes locales en la elaboración de normas autonómicas y estatales*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2009, pp. 104-107.

didia, si se trata de una codecisión no estaríamos en presencia de una decisión de coordinación, que se ha dicho que es unilateral y vinculante, sino de un mecanismo de cooperación, a través del cual se expresa la autonomía local por la manifestación de la voluntad del ente local. Finalmente, el último aspecto que se debe analizar respecto del procedimiento administrativo es la motivación de la decisión que se adopta. Esta, a su vez, puede ser revisada desde dos puntos de vista: la motivación de la respuesta que se dé a la intervención del ente local y la motivación del mecanismo de coordinación.

Si bien no se hace referencia concreta en la ley, la autonomía local exige que la motivación se enfoque en este principio para evitar su desconocimiento. En los dos puntos de vista antes señalado la motivación deberá ser fundamentada para que el ente local y el juez – si eventualmente impugnada la decisión – conozcan las razones por las cuales se aceptaron o no las alegaciones del ente local.

4.2.2. Petición de informes a un consejo de gobiernos locales o asociaciones de municipios

El planteamiento en este caso es que, además de la intervención “regular” que corresponde a los entes locales afectados, es posible escuchar la opinión de estas asociaciones de entes locales, debido a su condición de experto en la materia por estar compuesta por entidades locales.

Un primer ejemplo sería la asociación de entes locales reguladas en la disposición adicional quinta de la LRBRL³². El hecho de que su función principal sea la de proteger y promocionar los intereses comunes de los entes locales, legitima a las asociaciones para poder hacerse partes de un procedimiento administrativo de un mecanismo de coordinación en el que se represente el interés de la autonomía local.

Un segundo ejemplo sería la petición de informes a órganos autonómicos de participación local. Si bien no existe un requisito en el procedimiento administrativo para contar con una opinión de este órgano al adoptar una decisión de coordinación, sí está instituido en la ley que a este órgano se puede acudir si se advierte «una afectación de forma es-

(32) Sobre estas asociaciones M. VILALTA REIXACH, *Nuevas formas de cooperación territorial: las organizaciones asociativas de entes locales*, en *REALA*, 300-301, 2006, pp. 299-329.

pecífica» de la autonomía local, tal como lo establece el art. 85 del EA-Cat³³.

4.2.3. Ampliación del espacio o dar apertura de nuevos espacios de intervención en el procedimiento administrativo

En la normativa que regula los procedimientos administrativos de adopción de decisiones administrativas establecido en la LRBRL no se hace una referencia concreta a la posibilidad de ampliar o dar apertura a nuevos espacios de intervención para los entes locales afectados. Sin embargo, fruto del principio de autonomía local, bien podría el sujeto coordinante permitir esta posibilidad.

La administración pública que busca adoptar la decisión de coordinación una vez escuchada la opinión del ente local frente a una posible afectación de la autonomía local, pasaría a ampliar el espacio de intervención para desarrollar los argumentos que tenga para exponer el ente local o bien puede acudir a otras entidades que puedan colaborar para el estudio de la misma: asociaciones de entes locales, Consejo de Estado, entre otras.

Este nuevo espacio que se concede al ente local servirá a la administración pública coordinante para formarse un mejor criterio para adoptar la decisión de coordinación que afecte en menor medida la autonomía local. En todo caso, la decisión definitiva permanecerá a cargo del sujeto coordinante, puesto que la unilateralidad es una de las características que definen este tipo de decisiones.

4.2.4. Traslado de la competencia de coordinación

Este último caso no solo no se encuentra en la normativa que regula los procedimientos administrativos de adopción de decisiones de coordinación, sino que requiere de una modificación legislativa, en tanto que implica un cambio en la competencia de coordinación.

(33) No podemos olvidar que la evaluación que se ha realizado sobre el funcionamiento de los consejos de gobiernos locales no ha sido la más satisfactoria, pues no ha logrado colmar todas las expectativas que producía como mecanismo de participación del ente local en las decisiones de otras administraciones públicas.

En la actualidad, en los mecanismos de coordinación la decisión definitiva se mantiene a cargo de la administración titular de la competencia para ello, aun cuando exista una oposición manifiesta de los entes locales que se vean afectados por esta decisión. La propuesta que aquí se expone es que cuando exista una oposición manifiesta y explícita de todos los entes locales afectados por la decisión, dejaría de ser titular la administración pública que inicialmente tenía la decisión para que pase a otra que se encuentre en un nivel territorial superior. Por ejemplo, la competencia pasaría de una provincia a una comunidad autónoma. Un caso similar fue estudiado por la jurisprudencia respecto del plan provincial de obras y servicios de Cataluña³⁴.

A través de esta forma fórmula bien podría garantizarse una decisión de coordinación que resulte un poco más imparcial. Si la administración pública que inicialmente tenía la competencia para coordinar fue diligente y una vez advirtió la oposición de los entes locales que se pudieron ver afectados amplió el espacio para su intervención y estas se ratificaron, es probable que esta administración pública que tiene a su cargo de la decisión de coordinación se encuentre parcializada. De esta manera, sería una medida de buena administración aquella de permitir que otra administración imparcial entre a dirimir y decidir si se adopta la decisión o no.

Una medida de este tipo serviría para concretar la autonomía local, en tanto que permitiría que la decisión que se adopte sea verificada por una administración pública ajena a aquella que ha planeado la decisión de coordinación y que también ha recibido oposición por parte del ente local.

4.3. *Garantías sustantivas*

La autonomía local no se concreta únicamente en establecer unas garantías previas, de preferencia de otro tipo de mecanismos como el de cooperación, o de garantías procedimentales, sino de garantías sustantivas que entren a configurar el límite material hasta el cual se puede

(34) STC 109/1998 Fj 6 y STS 4503/2003. Al respecto, Cfr. L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña y la garantía institucional de la autonomía provincial*, Madrid, Civitas, 1992, pp. 67-95.

coordinar un ente local. Estas garantías sustantivas representan, entonces, una limitación a la discrecionalidad que tiene el sujeto coordinante para adoptar una decisión que dirija al ente local. Ahora bien, estas garantías sustantivas son las más complejas de determinar, puesto que, como se vio previamente, no existe un concepto de la autonomía local permanente e inmutable y cuando la jurisprudencia ha evaluado su contenido lo ha hecho frente a cada caso concreto.

La propuesta en este punto es que para identificar las garantías sustantivas que se deben otorgar a los entes locales se deben seguir los siguientes pasos: (§4.3.1.) definición del interés para coordinar del sujeto coordinante, seguidamente, (§4.3.2.) análisis de la afectación de las potestades locales.

4.3.1. *Definición del interés para coordinar*

El interés en la coordinación es tanto un requisito como un límite. Por un lado, si una administración pública pretender ejercer una competencia de coordinación primero deberá verificar que cuenta con el interés para poder ejercerla³⁵. Ese es el sentido del art. 10.2 de la LRBRL el interés del sujeto coordinado debe incidir, condicionar o ser concurrente o complementario del interés del sujeto coordinante.

Por otro lado, esta figura también opera como un límite a la coordinación, en tanto que el sujeto coordinante solamente podrá coordinar hasta el punto con que cuente interés, tal como lo ha expuesto la jurisprudencia³⁶. Para cumplir este requisito, la administración pú-

(35) Salta a la vista que el interés difiere de la competencia. El interés es un aspecto previo a la competencia. Cuando el legislador decide asignar una competencia analiza si previamente esa administración pública tiene el interés en el determinado sector sobre el cual recae la competencia. Bien puede el legislador retirar una competencia asignada a un municipio sobre la gestión de parques naturales en su territorio, pero eso no elimina el interés que tiene este ente local sobre el medio ambiente. Al respecto, véase J. ESTEVE PARDO, *La provincia como sujeto de relaciones interadministrativas*, en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 305, y F. SOSA WAGNER, P. MIGUEL GARCÍA, *Las competencias de las corporaciones locales*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1985, p. 102.

(36) *A su vez, el legislador, dentro de los amplios márgenes con que cuenta para diseñar fórmulas de coordinación provincial, debe asegurar que el grado de capacidad decisoria que conserve el municipio sea tendencialmente correlativo al nivel de interés municipal presente en el asunto de que se trate. Tal como recuerda la STC 154/2015, de 9 de julio, FJ

blica coordinante deberá ponderar los intereses en juego, aquel que pretende promover el sujeto coordinante y la autonomía local del sujeto coordinado, tal como lo exige el art. 55.b de la LRBRL³⁷. El interés del sujeto coordinante no solamente vendrá representado por la búsqueda de la alineación y coherencia de las administraciones públicas que hacen parte del sistema, sino del interés concreto del sector donde se encuentra, por ejemplo, el del derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado.

4.3.2. *Análisis de la afectación de las potestades locales*

En este epígrafe se analizará una propuesta sobre la forma cómo pueden ser afectadas las competencias. Inicialmente, se expondrán ejemplos sobre el alcance que la doctrina ha establecido sobre la forma cómo se produce la (A) afectación de las potestades que pueden ser coordinadas. Seguidamente, se expondrá una (B) propuesta sobre la afectación de las potestades locales por decisiones de coordinación. Finalmente, se hará referencia a la importancia de (C) garantizar la discrecionalidad del ente local.

6 a), «se trata de que el legislador gradúe el alcance o intensidad de la intervención local “en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias”», STC 111/2016 Fj 12 c). El mismo fallo se refiere a varias sentencias: STC 32/1981 Fj 4; STC 170/1989 Fj 9; STC 51/2004, Fj 9; STC 95/2014 Fj 5; STC 57/2015 Fj 6 y STC 92/2015 Fj 4.

(37) La doctrina ha señalado lo conveniente de la utilización del método de ponderación en contraposición con el juicio de proporcionalidad, mientras la ponderación es propia de principios, la proporcionalidad es propia de derechos subjetivos. Cfr. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDEIRO, *Autonomía local y principio de proporcionalidad*, en J.R. PARADA VÁZQUEZ, C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (dirs.), *Las competencias locales*, Madrid, Marcial Pons- Maat Gknowledge-Fundación Caja Rural de Toledo, 2007, pp. 106-108 y J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Normas de conducta y normas de control: un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial*, en *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 2015, pp. 9-16. Sin embargo, no toda la doctrina comparte la idea de la ponderación y prefiere la proporcionalidad: L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local*, en *Anuario del Gobierno Local 1997*, pp. 99-116. No se puede dejar de mencionar las falencias que tiene la teoría de ponderación que lleva en ocasiones a ser una fórmula subjetiva de valoración previa a la adopción de decisiones, pero el hecho de que se encuentre en la ley exige que se utilice.

A. Definición de las potestades que pueden ser coordinadas

Una vez revisados los intereses en juego, se deben analizar las potestades del ente local que pueden ser afectadas, es decir, que pueden ser objeto de coordinación. La doctrina ha hecho algunas referencias a esta materia. Por un lado, ha dicho que los mecanismos de coordinación no pueden suponer la pérdida de las potestades reconocidas a los entes territoriales en el art. 4 de la LRBRL³⁸. Por otro lado, ha dicho que la única potestad que no puede afectarse es la de la autoorganización³⁹.

Estas dos posiciones sirven para ilustrar las potestades que pueden ser afectadas, aunque estas tesis deben ser complementadas. En primer lugar, porque la tesis de la prohibición de afectar las potestades del art. 4 LRBRL estaría estableciendo un límite bastante rígido, en tanto que todas las potestades son susceptibles de ser afectadas, pero no pueden llegar hasta el punto de verse vulneradas. En segundo lugar, sobre la imposibilidad de afectar la potestad de autoorganización es también bastante rígida, ya que de manera indirecta una decisión de coordinación puede incidir en la forma cómo el ente local decide reconfigurar su planta para satisfacer el objetivo planteado.

B. Propuesta sobre la afectación de las potestades locales

Después de analizar las diversas fórmulas para afectar la autonomía local expuestas por la doctrina, se plantea una propuesta concreta al respecto, que se fundamenta en los diversos rangos normativos que regulan potestades locales. Por ejemplo, la CE establece la potestad de autoorganización y las leyes sectoriales establecen potestades concretas en cada sector.

(38) «A mi juicio, este precepto, se refiere a que el ejercicio de la coordinación no puede suponer la pérdida de las potestades ordinamentales, de los entes locales, previstas en el artículo 4º de dicha Ley [LRBRL], así como que ordenadas a través de órganos de relación o en un procedimiento complejo, las competencias propias no pueden perder sus caracteres de exclusivas y decisorias, en el sentido que se indicó en su momento. Ni, finalmente, que tengan que, necesariamente, participar activamente bajo un poder de dirección en los objetivos diseñados por las Administraciones ordinamentalmente superiores»: L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El régimen constitucional de las competencias locales*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1988, p. 113.

(39) J. ESTEVE PARDO, *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre administración autonómica y orden local: la experiencia de la RFA. Bases y perspectivas en España*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 231-248.

Bajo esta perspectiva, los diversos rangos normativos funcionan como capas en el siguiente orden: CE, Estatuto de Autonomía, LRBRL, ley sectorial, siendo la CE el centro y la ley sectorial la capa más lejana⁴⁰. Como se explicó previamente, todas las potestades locales son susceptibles de ser afectadas, incluso la potestad de autoorganización reconocida en la CE⁴¹. Sin embargo, la forma de afectación de cada una de las potestades locales dependerá del rango de la norma en la que se ha reconocido dicha potestad. Se permitirá una mayor afectación si la afectación se produce sobre una potestad local reconocida en la capa más lejana, esto es, en la ley sectorial y se permitirá una menor afectación si esta se produce sobre una potestad reconocida en la capa más cercana, es decir, en la CE. La premisa es, entonces, que serán menos flexibles y objeto de una menor afectación aquellas potestades locales reconocidas en la Constitución.

A manera de ejemplo, la potestad de autoorganización solo podría afectarse mínimamente, por lo que no se podría fijar en el mecanismo de coordinación que el ente local disponga de la creación de una nueva secretaría para la satisfacción del objetivo que antes se ha cumplido. No está de más recordar que, si la decisión de coordinación desconoce la potestad local, sea cual sea el rango normativo en que se encuentre reconocida, configura una vulneración de la autonomía local.

C. Respeto a la discrecionalidad del ente local

Desde que se ha iniciado el estudio de la coordinación la doctrina ha hecho énfasis en establecer como un límite concreto el reconocimiento de la discrecionalidad del ente local para adoptar sus propias decisiones. Para interpretar esta afirmación en derecho español la jurisprudencia ha fijado una pauta que ha sido seguida por la doctrina⁴². Su

(40) Sobre el desarrollo que puede hacer el legislador para ampliar o limitar el contenido de la autonomía local establecido en la CE, Cfr. STC 41/2016 Fj 3 a) y R. GRACIA RETORTILLO, *La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía Local*, cit., pp. 246-248.

(41) L. PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomías locales*, Madrid, IEAL, 1981, p. 154.

(42) «La coordinación se convierte así en un límite al ejercicio de las competencias, en una reducción del ámbito de discrecionalidad con el que se actúan los propios poderes, pero no afecta a su titularidad (sino que más bien la presupone lógicamente, como ha señalado el Tc)

planteamiento fue «los medios y técnicas de coordinación deben respetar un margen de libre decisión o discrecionalidad en favor de las Administraciones sujetas a la misma, sin el cual no puede existir verdadera autonomía»⁴³.

Según la jurisprudencia, si los mecanismos de coordinación establecen concretamente la actividad a realizar por el ente local, éste carecería de la discrecionalidad para adoptar sus propias decisiones. Tampoco establece si la decisión de coordinación debe fijar objetivos o debe actividades específicas, solo señala que se debe permitir el espacio para que el ente local adopte sus propias decisiones.

En la medida posible las decisiones de coordinación solamente podrían fijar condiciones mínimas y/o máximas dentro de los cuales los entes locales pueden actuar. De manera excepcional, se podrían establecer en planes sectoriales con actividades específicas que debe ejecutar el ente local, para lo cual el test de ponderación deberá ser más riguroso y atento con la afectación de la autonomía local y garantizar, en todo caso, un mínimo de discrecionalidad en la decisión que deben adoptar. La razón es que con este tipo de decisiones pueden suplir la voluntad del ente local y en esa medida afectar sus competencias propias, pues un ente local sin el poder de adoptar decisiones no es autónomo⁴⁴.

La libertad de decisión tiene que reconocer la realidad de los entes locales coordinados. Si se deja un espacio al ente local para adoptar de manera libre su decisión, esta podrá ser más precisa en cuanto a la realidad del ente local⁴⁵. Una decisión de coordinación que contiene la actividad completa que debe ejecutar el ente local conlleva a la uniformidad en la actuación de los entes locales y hace nula la posibilidad de

ni, estrictamente, a la posibilidad de su ejercicio directo por parte de los entes coordinados». E. ALBERTÍ I ROVIRA, *La inserción de los entes locales en un sistema complejo: las relaciones de colaboración entre administraciones*, en *Informe sobre el Gobierno local*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas y Fundació Carles Pi i Sunyer, 1992, p. 140.

(43) STC 27/1987. En igual sentido STS 1298/2014; STC 27/1987 Fj 5 y STC 133/1990 Fj 13.

(44) A. GALÁN GALÁN, *La potestad normativa autónoma local*, cit., p. 42.

(45) C.J. JEWELL, *Assessing Need in the United States, Germany and Sweden: The Organization of Welfare Casework and the Potential for Responsiveness in the Three Worlds*, en *Law & Policy*, 3, 2007, p. 381.

ajustar la decisión que pretenda adoptar el ente local a la realidad propia, a veces tan diversa entre municipios incluso vecinos.

Para finalizar, la discrecionalidad sería complementaria a lo señalado previamente sobre la afectación de las potestades. La razón es que si el ente local coordinado, fruto de la discrecionalidad que ostenta y de manera voluntaria, decide acatar la decisión de coordinación y para implementarla hace uso de potestades reconocidas en la CE afectándolas de manera considerable bien puede hacerlo. En este punto es importante identificar qué aspecto es fruto de la decisión de coordinación y qué aspecto es fruto de la libertad del ente local para adoptar sus propias decisiones.

5. Conclusiones

En el presente trabajo se analizó el funcionamiento de la autonomía local a la luz de la relación interadministrativa de coordinación en España. Para concluir se puede afirmar que la autonomía local opera de manera activa, es decir, de una forma progresiva y expansiva en las actuaciones de las administraciones públicas que la ponen en tensión. Aunque es lo deseable, no es necesario esperar a que el ordenamiento jurídico establezca unas reglas concretas que desarrollen este principio jurídico para ver su operatividad, pues el solo hecho de que haya sido establecido en la Constitución le confiere la posibilidad de incidir en la actuación de las administraciones públicas.

En términos generales, la autonomía local contiene una serie de garantías previas, procedimentales y sustantivas que deben ser observadas por las administraciones públicas cuando adoptan una decisión de coordinación y que pueden ser exigidas por los entes locales que puedan verse afectados.

Il debito pubblico tra giustizia intergenerazionale, principio di proporzionalità e diritti di autonomia

Leonardo Di Carlo

Uno dei temi centrali del dibattito politico degli ultimi due decenni, non solo in Italia, ma anche nella maggior parte dei paesi occidentali, soprattutto appartenenti all'Unione europea, è diventato quello del debito pubblico. La tesi centrale di questo articolo – che ricostruisce il tema in prospettiva filosofico-giuridica, connettendolo al concetto più ampio di “giustizia intergenerazionale” – è che il fondamento della giustizia intergenerazionale sia da reperirsi nel principio di proporzionalità nell'utilizzo delle risorse economiche e materiali e, di conseguenza, anche nelle politiche di ricorso al debito pubblico. Dal carattere fondamentale del principio di proporzionalità deriva la tesi del declassamento dei diritti di libertà, nel senso che essi non sono più da considerare centrali per la giustizia intergenerazionale.

1. Introduzione

Uno dei temi centrali del dibattito politico degli ultimi due decenni, non solo in Italia, ma anche nella maggior parte dei Paesi occidentali, soprattutto appartenenti all'Unione europea, è diventato quello del debito pubblico.

Questa tematica, che ha principalmente un profilo economico-finanziario, è suscettibile, però, anche di un'analisi più strettamente filosofico-giuridica, nella misura in cui l'idea del debito pubblico, così come quella dell'utilizzo sapiente delle risorse naturali, delle energie rinnovabili e della salvaguardia della superficie terrestre e della ricerca scientifica, richiama il concetto più ampio di giustizia intergenerazionale.

La tesi centrale sostenuta in questo saggio è che la giustizia intergenerazionale trovi il suo fondamento a partire dal principio di proporzionalità

nell'utilizzo delle risorse finanziarie e materiali¹. Tale principio, originariamente sviluppatosi in ambito civilistico, è poi diventato, con la diffusione pressoché generalizzata di Carte costituzionali rigide e giustiziable, uno dei canoni argomentativi più caratterizzanti dell'attività delle Corti costituzionali². Da ultimo, una recente proposta interpretativa l'ha elevato a strumento di armonizzazione e integrazione tra i vari soggetti e attori internazionali, inerzialmente dediti al perseguimento delle proprie funzioni settoriali senza reciproca coordinazione³.

In tale prospettiva, questo saggio sostiene l'idea che il principio di proporzionalità potrebbe diventare centrale anche per un tema, quale quello della giustizia intergenerazionale, che, inizialmente comparso come mera formulazione filosofica, si sta lentamente posizionando al centro del dibattito politico in virtù del problema sempre più pressante della programmazione e dell'impiego delle risorse finanziarie e materiali.

2. Il debito pubblico alla luce della giustizia intergenerazionale

Il dato comune a diversi Paesi dell'area occidentale è che dal secondo dopoguerra il debito pubblico è cresciuto costantemente a causa dell'incapacità delle entrate tributarie a coprire il fabbisogno della spesa pubblica. E questo è successo sia per Stati tradizionalmente virtuosi come la Repubblica federale tedesca sia per Stati, quale quello italiano, spesso tacciati di non esercitare un controllo adeguato sulle finanze pubbliche. Richiamerò brevemente e velocemente il dato normativo

(1) Sulla giustizia intergenerazionale in generale, cfr. A. STRACK, *Intergenerationelle Gerechtigkeit. Rechtsphilosophische Begründungen mit einer Anwendung auf die bundesdeutsche Staatsverschuldung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015.

(2) Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, a cura di L. DI CARLO, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 133 ss.

(3) Sul principio di proporzionalità quale strumento di armonizzazione dei vari attori internazionali del *Global Administrative Law*, cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 212 ss.; S. CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, Einaudi, 2009, p. 138. Nella medesima direzione, sul principio di proporzionalità quale mezzo di risoluzione dei contrasti tra diritto europeo e trattati bilaterali di investimento tra Paesi europei e Paesi terzi – nel merito, si analizza un caso di conflitto tra diritto europeo della concorrenza e un trattato bilaterale di investimento stipulato tra Romania e Svezia – cfr. M. DE BELLIS, *Il caso «Micula». Regimi giuridici ultrastatali e conflitti: il caso della tutela degli investimenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 2017, p. 367.

di entrambi i suddetti Paesi per poi passare ai criteri di configurazione della giustizia intergenerazionale, area di appartenenza concettuale della tematica in questione.

2.1. Alcuni aspetti giuridici ed economici del debito pubblico

Prima di richiamare le ragioni giuridiche sottese all'idea di debito pubblico, è opportuno un rapido richiamo delle principali posizioni che la teoria economica ha elaborato relativamente al concetto in esame.

In primo luogo, troviamo gli approcci liberistici, tendenzialmente scettici sull'aumento della spesa pubblica. Tra essi è opportuno richiamare almeno quelli dei fondatori dell'economia politica moderna, come Adam Smith e David Ricardo, contrari all'idea di una spesa pubblica finanziata a debito, sul presupposto che la spesa pubblica, riducendo al minimo gli investimenti privati – dai quali, invece, solo dipende la ricchezza di un Paese – non avrebbe portato ad alcuna crescita economica⁴. Piuttosto, dipendendo quest'ultima solo da meccanismi autoregolativi di mercato, inderogabili dall'intervento politico⁵, se proprio si volesse dilatare la spesa pubblica, ciò andrebbe fatto con la sola imposizione tributaria, essendo indifferente, per il principio dell'equivalenza ricardiana, finanziare la spesa a debito o mediante tasse imposte ai cittadini. Tra le posizioni di segno opposto troviamo, invece, la riflessione keynesiana, con la quale il debito pubblico inizia ad essere considerato quale strumento di regolazione economica⁶. In netta contrapposizione all'idea neoclassica dei mercati quali meccanismi autoregolativi, la doman-

(4) Cfr. D. RICARDO, *Funding System. An Article in the Supplement to the fourth, fifth and sixth Editions of the Encyclopaedia Britannica 1820*, in ID., *Pamphlets and Papers 1815-1823. The Works and Correspondence of David Ricardo*, Vol. IV, a cura di P. SRAFFA, Cambridge, Cambridge University Press, 1951, p. 143 ss.; ID., *Principi di economia politica e dell'imposta*, Torino, UTET, 1986, pp. 297-301; A. SMITH, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Torino, UTET, 1945, pp. 743-746, 824-829.

(5) Cfr. M. FRIEDMAN, *Capitalismo e libertà*, Torino, IBL Libri, 2010, pp. 129-135. In totale contrapposizione all'idea keynesiana del debito pubblico quale strumento anticiclico, invece, per i monetaristi della Scuola di Chicago un aumento del debito pubblico implicherebbe sia un aumento dei tassi di interessi, sul lungo periodo nocivi per la crescita economica, sia una riduzione degli investimenti privati in virtù dell'inevitabile aumento delle imposte.

(6) Cfr. J. MAYNARD KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, UTET, 1978, pp. 265-266, 323-324.

da andrebbe piuttosto stimolata abbassando le tasse e compensando tale abbassamento con il ricorso al debito (*deficit spending*).

Dal punto di vista più strettamente giuridico, le ragioni del ricorso al (o del rigetto del) debito pubblico sono diverse. Tra queste, in primo luogo, figura l'idea di debito pubblico quale fattore di giustizia tra generazioni nella misura in cui, come Lorenz von Stein asseriva già nel corso dell'800, esso altro non sarebbe che un'anticipazione all'erario delle imposte che dovrebbero essere pagate dalle generazioni future⁷. Sulla base di questa idea, definita come principio di equivalenza intertemporale⁸, il debito pubblico sarebbe non solo auspicabile, ma anche obbligatorio per una questione di giustizia intergenerazionale: sarebbe solo vietato effettuare una spesa pubblica per beni di consumo, in quanto gli individui futuri non ne potrebbero trarre vantaggio. Il vero problema del debito pubblico, pertanto, sarebbe quello di un debito pubblico effettuato per l'acquisto poco mirato o superfluo di beni e investimenti. In tal caso, essendo l'eventuale guadagno di un investimento spostato nel futuro, il mancato introito di un investimento effettuato a debito graverebbe tutto sulle generazioni future⁹.

In secondo luogo, si presenta il problema della compatibilità degli articoli costituzionali relativi alla politica di bilancio con il principio democratico, alla base di tutte le Costituzioni contemporanee. Il debito pubblico, rappresentando un'anticipazione di entrate future, potrebbe costituire una limitazione della sovranità parlamentare futura nella misura in cui i cittadini delle generazioni successive si trovassero a pagare imposte sulla base di decisioni precedenti non assunte dal Parlamento da essi eletto¹⁰. Per evitare questa tensione, si dovrebbe omet-

(7) Cfr. L. VON STEIN, *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, Vol. II, Hildesheim, Georg Olms Verlag, 1975, p. 40.

(8) Cfr. R.A. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance. A Study in Public Economy*, New York-Toronto-London, McGraw-Hill Book Company, 1959, p. 559 ss.; ID., *Finanza pubblica, equità, democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 341-345.

(9) Cfr. J.M. BUCHANAN, *Public Principles of Public Debt. A Defense and Restatement*, Homewood (IL), Richard D. Irwin, III, 1958, p. 40; ID., *Stato, mercato e libertà*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 269 ss.

(10) Cfr. P. KIRCHHOF, *Grenzen der Staatsverschuldung in einem demokratischen Rechtsstaat*, in H.-H. VON ARNIM, K. LITTMANN (a cura di), *Finanzpolitik im Umbruch. Zur Konsolidierung öffent-*

tere di prendere decisioni che potrebbero influenzare le generazioni future. Tuttavia, anche un'omissione nel presente potrebbe avere effetti e conseguenze sul futuro e, pertanto, una decisione attuale che vincoli i posteri è perfettamente concepibile. Nel merito, la Corte costituzionale tedesca, nella sentenza BVerfGE 79, 311, 343, ha ribadito che il principio democratico va inteso in senso lato, come capacità decisionale estesa al futuro, soprattutto se si pensa allo scopo e all'organizzazione dello Stato sociale.

Infine, è opportuno menzionare una problematica emersa negli ultimi decenni a seguito della interconnessione economico-finanziaria degli Stati sempre maggiore, quale quella della compressione dell'autonomia decisionale delle Assemblee legislative, spesso costrette a modulare le proprie politiche di bilancio sulla base di valutazioni, tutt'altro che oggettive, sull'affidabilità finanziaria di uno Stato da parte di agenzie di *rating*¹¹.

2.2. Breve richiamo di alcune discipline costituzionali sul debito pubblico

Come già anticipato, effettuerò un rapido richiamo delle discipline costituzionali dell'indebitamento pubblico della Repubblica federale tedesca e dell'Italia per sottolineare i punti di connessione tra la tematica in oggetto e quella della giustizia intergenerazionale¹².

La disciplina del debito pubblico della Repubblica federale tedesca è disciplinata dagli artt. 109 e 115 della Costituzione (*Grundgesetz*, GG), re-

tlichen Haushalte. Vorträge und Diskussionsbeiträge der 51. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung 1983 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin, Duncker und Humblot, 1984, p. 277.

(11) Cfr. C. PINELLI, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2012; M. DE BELLIS, *La nuova disciplina europea delle agenzie di rating*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2010, pp. 455, 460-462. Sul problema analogo della compressione della rappresentanza democratica ad opera di istituzioni sovranazionali quali, ad esempio, quelle dell'Unione europea, Id., *Il caso «Micula». Regimi giuridici ultrastatali e conflitti: il caso della tutela degli investimenti*, cit., p. 364, in merito al conflitto tra Commissione europea e Romania.

(12) Sul parallelismo delle riforme costituzionali tedesca e italiana in materia di bilancio e debito pubblico, cfr. R. BIFULCO, *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo*, in R. BIFULCO, O. ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 139.

lativi all'indebitamento degli organi pubblici, mentre l'art. 115 Gg disciplina l'indebitamento del solo Stato federale. Osservando sinotticamente le novelle costituzionali di suddetti articoli, emerge il seguente dato, compatibile anche con l'analoga disciplina italiana, oltre al comune adeguamento dei rispettivi bilanci nazionali alla normativa europea¹³; da un lato, si è progressivamente riconosciuta l'opportunità di un accesso sempre più facilitato al debito; dall'altro, si è anche acquisita la necessità di arginare in qualche modo tale ricorso per non gravare troppo le future generazioni di carichi fiscali che nel tempo si potrebbero rivelare assolutamente ingiustificati.

L'art. 115 Gg, così come licenziato nel testo originario del *Grundgesetz* del 1949, riprendendo l'analoga disciplina dell'art. 87 della Costituzione di Weimar, ammetteva l'assunzione del debito solo per necessità straordinarie e per spese a scopi produttivi, dove il carattere straordinario significava l'aumento della produzione e la produttività della scopo implicava che gli interessi pagati sul debito dovessero essere remunerati dagli introiti incassati con l'acquisto del bene in oggetto¹⁴.

Agli inizi degli anni '60 muta l'atteggiamento verso il ricorso al debito. Si inizia a concepire la possibilità di finanziare mediante credito anche servizi e beni non immediatamente produttivi, come sale di lettura e parchi pubblici. Con l'affermazione pressoché incontrastata delle dottrine keynesiane, si arriva nel 1969 alla modifica degli artt. 109 e 115 Gg, ora intesi come strumenti di politica economica anticiclica. Mentre nel testo dell'art. 115 Gg del 1949, il ricorso al debito era legato a scopi determinati (*objektbezogen*), nella novella del 1969 si abbandona l'idea della corrispondenza diretta tra somma presa a debito e scopo determinato. L'obiettivo della novella è permettere al legislatore di perseguire una politica anticiclica, mirando così all'equilibrio di lungo periodo, piuttosto che al pareggio di bilancio annuale¹⁵.

(13) *Ivi*, p. 140 sulla giustiziabilità dei bilanci nazionali presso la Corte di giustizia europea.

(14) Cfr. R. STUCKEN, W. SIES, *Finanzwissenschaftliche Deckungsgrundsätze und konjunkturpolitische Postulate*, in *Finanznarchiv*, 12, 1950-51, p. 616 ss.

(15) Cfr. W. HÖFLING, *Staatsschuldenrecht. Rechtsgrundlagen und Rechtsmaßstäbe für die Staatsschuldenpolitik in der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C. F. Müller, 1993, p. 140.

Poiché la riforma del 1969 ha dato l'abbrivio ad un aumento incontrollato del debito pubblico, nel 2009 si è avuta un'ulteriore modifica della disciplina costituzionale del bilancio. Nell'odierna disciplina, la somma presa a debito non deve superare lo 0,35% del prodotto interno lordo¹⁶, in modo da impedire che la crescita incontrollata del debito vada a scapito delle generazioni future. Si conferma l'abbandono dell'idea, già presente nel 1969, della redditività degli investimenti effettuati mediante ricorso al credito. Si permette il finanziamento anche per scopi di consumo¹⁷. Inoltre, si lascia invariata, rispetto alla disciplina del 1969, la possibilità da parte del legislatore di utilizzare il ricorso al credito come misura anticiclica di stabilizzazione anticongiunturale dell'economia¹⁸. Nel complesso, la novella del 2009 si distingue dalla disciplina costituzionale del 1949 e del 1969 per una pluralità di ragioni giustificative, quali la componente strutturale, la componente congiunturale e, infine, quella della necessità e forza maggiore, che, assenti nelle stesure precedenti degli stessi articoli del *Grundgesetz*, dovrebbero facilitare l'accesso al debito. Dall'altro, però, si tenta di bilanciare questa facilitazione del ricorso al debito con il limite dello 0,35 tra somma presa a debito e prodotto interno lordo.

La stessa tendenza è, a grandi linee, ravvisabile nella disciplina costituzionale italiana. L'art. 81 Cost. it., così come novellato dalla legge costituzionale 1/2012 e dalla legge ordinaria 243/2012 di attuazione della prima¹⁹, ha innovato la disciplina del bilancio pubblico sostituendo il concetto di "pareggio di bilancio" con quello di "equilibrio di bilancio". Evitando co-

(16) Cfr. R. BIFULCO, *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo*, cit., p. 142.

(17) Cfr. S. KORIOTH, *Das neue Staatsschuldenrecht – zur zweiten Stufen der Föderalismusreform*, in *Juristenzeitung*, 64, 2009, p. 731.

(18) Cfr. C. SEILER, *Konsolidierung der Staatsfinanzen mithilfe der neuen Schulderegehn*, in *Juristenzeitung*, 64, 2009, p. 723.

(19) In realtà, la legge costituzionale del 2012 non ha fatto altro che recepire le tendenze della giurisprudenza costituzionale che già dalla sent. 213 del 2008 parlava di «copertura in equilibrato rapporto con la spesa». Sul punto, cfr. G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, p. 4. Sull'assenza di obblighi giuridici per l'Italia di riformare l'art. 81 della Costituzione, cfr. M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2017, p. 676.

sì di accogliere una dottrina economica storicamente determinata²⁰, ciò che conta non sarebbe il pareggio matematico tra entrate e uscite, quanto piuttosto un rapporto bilanciato “di medio termine”²¹ tra entrate e uscite che eviti gli eccessi in un senso o nell’altro²². Tale “duttilità” avrebbe un duplice merito: da un lato, quello di evitare di comprimere eccessivamente i diritti fondamentali, dall’altro, consentirebbe alla rappresentanza parlamentare democraticamente eletta un certo controllo sul bilancio, che non sarebbe possibile se si parlasse di pareggio matematico tra entrate e uscite²³. Inoltre, la duttilità della disciplina del bilancio, come emerge dalla modifica costituzionale del 2012, tenendo conto delle fasi economiche recessive, consentirebbe di utilizzare il ricorso all’indebitamento come mezzo anticiclico di governo dell’economia.

Tale duttilità, però, verrebbe compensata dall’affermazione della giustiziabilità dello stesso bilancio dello Stato da parte della Corte costituzionale, così come dal controllo di garanzia esercitato congiuntamente

(20) Cfr. S. BARTOLE, *Art. 81*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. La formazione delle leggi. Art. 76-82*, Tomo II, Bologna-Roma, Zanichelli – Il Foro italiano, 1979; G. RIVOSECHI, *L’equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, cit., p. 2.

(21) *Ivi*, p. 17.

(22) Cfr. M. LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in AA.VV., *Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 15-18.

(23) *Ivi*, p. 21. Sulla piena compatibilità della riforma costituzionale tedesca in materia di bilancio del 2009 – che vincola il bilancio nazionale ai parametri del *Fiscal Compact* – con il principio democratico sancito dalla stessa Costituzione tedesca, cfr. R. BIFULCO, *Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo*, cit., pp. 142-143. Un ulteriore fattore di crisi della rappresentatività democratica in fase di programmazione del fabbisogno finanziario sarebbe costituito, per quanto attiene al caso italiano, dal carattere semplicemente “formale” della legge di bilancio, intendendo in tal senso il fatto che la legge di bilancio dovrebbe limitarsi alla semplice ricezione delle spese programmate dai singoli Ministeri. L’art. 81 della Costituzione italiana, così come novellato dalla legge costituzionale 1/2012, infatti, ha ribadito tale carattere formale della legge di bilancio, di contro ad una interpretazione più sostanziale della medesima, prevalente nei decenni precedenti, che, invece, consentendo al Parlamento di poter modificare discrezionalmente l’atto del bilancio, si è rivelata funzionale all’aumento della spesa pubblica e del debito pubblico. Sul punto, cfr. G. RIVOSECHI, *Legge di bilancio e leggi di spesa tra vecchio e nuovo articolo 81 della Costituzione*, in *Rivista della Corte dei conti*, 1-2, 2013, pp. 473-475.

da parte del Presidente della Repubblica, del Parlamento e della Corte dei Conti²⁴.

Qui pare che le due normative richiamate presentino un dato analogo. Se, infatti, nella disciplina normativa tedesca, l'aumento delle ragioni del ricorso al debito verrebbe compensato dal limite dello 0,35 % tra somma presa a debito e prodotto interno lordo, nella disciplina italiana, invece, la sostituzione del concetto di pareggio di bilancio con il concetto più elastico di equilibrio di bilancio troverebbe compensazione in un aumento delle modalità di controllo dello stesso documento di bilancio. In entrambe le discipline, ci sarebbe un certo bilanciamento tra facilitazione di ricorso al debito e modalità di controllo dello stesso. Richiamato succintamente il dato normativo, è ora opportuno richiamare le ragioni di fondo di giustificazione del debito pubblico, oltre a quelle già menzionate. Per far ciò, però, sarebbe opportuno ricomprendere quest'ultimo nell'area concettuale più ampia della giustizia intergenerazionale. Pertanto, è necessario ora indagare questo concetto di giustizia, in modo da approntare strumenti concettuali in grado di proporre un nuovo approccio interpretativo al tema del debito. Ed è quanto si tenterà di fare alla fine di questo saggio.

3. Il problema delle azioni ad effetti identitari quale presupposto della giustizia intergenerazionale

Affinché si possa parlare di giustizia intergenerazionale, è necessario introdurre il concetto di *azione ad effetti identitari*, o meglio il *problema della non-identità (Non-Identity-Problem)*²⁵, che, delimitando il campo di applicazione di tale idea di giustizia, si rivela esserne presupposto imprescindibile.

Le decisioni odierne possono avere o non avere effetti sull'*identità* e sul *numero* degli individui futuri. Esempi di decisioni che possono ave-

(24) Cfr. M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, cit., pp. 48-49. Sul rischio che la sindacabilità della legge di bilancio in sede di giudizio di costituzionalità potrebbe comprimere eccessivamente i diversi principi costituzionali a vantaggio del solo principio di equilibrio di bilancio, cfr. G. RIVOSECCHI, *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, cit., p. 22.

(25) Cfr. A. STRACK, *Intergenerationelle Gerechtigkeit*, cit., p. 79 ss.

re influsso sul futuro sono le norme morali e giuridiche sulla contraccezione o sul divieto di aborto. Come pure sono state nel passato decisive, per l'identità e il numero degli individui futuri, scoperte e invenzioni quali il motore a scoppio o la ferrovia.

Sulla base di ciò, si dovrebbe parlare di giustizia tra generazioni solo in merito a decisioni e norme che non abbiano influsso sull'identità e sul numero degli individui futuri, cioè per le azioni ad *effetti non-identitari*. Sono, infatti, solo tali tipi di azioni che potrebbero danneggiare le generazioni future²⁶.

Al contrario, le azioni ad effetti identitari non dovrebbero concernere la problematica in esame. Se una generazione ha una determinata identità, non ha alcuna ragione per lamentarsi di essere ciò che essa è o di non essere ciò che essa avrebbe voluto essere per l'eventuale responsabilità della generazione precedente. Infatti, se la generazione passata avesse preso un'altra decisione relativa all'identità di quella futura, la generazione attuale non sarebbe nemmeno venuta in essere.

Sono intergenerazionalmente ingiusti, invece, solo costi e danni che gli individui presenti potrebbero ingiustificatamente addossare agli individui futuri in quanto costi e danni relativi a decisioni del passato che non hanno avuto nessuna influenza sull'identità e sul numero degli individui futuri²⁷. Un esempio di danno che un'azione a effetti non-identitari potrebbe causare è quella di un individuo che getta un cocciolo di vetro in un bosco che cento anni dopo ferisce un bimbo che vi sta facendo una passeggiata.

Un primo esempio di azione ad effetti identitari sarebbe quello di una famiglia priva di mezzi di sostentamento che mette al mondo un figlio al solo scopo di venderlo per migliorare la posizione economica della famiglia. Si tratta, a mio avviso, di un'azione ad effetti identitari che non costituisce danno in quanto, se non fosse per il movente economico, il bimbo non sarebbe mai venuto alla luce. E nascere per essere schiaviz-

(26) Cfr. D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 356.

(27) Un'obiezione all'idea di azione ad effetti identitari è che in certe culture e in certe religioni che assumono l'idea della reincarnazione, le azioni ad effetti identitari futuri non possono esistere in quanto ogni individuo che viene al mondo è già da sempre esistito. Di conseguenza, tutte le azioni sarebbero ad effetti non-identitari.

zato è sempre meglio che non nascere affatto, per quanto l'azione dei genitori rimanga decisamente e ingiustificatamente immorale²⁸.

Un secondo esempio di azione ad effetti identitari sarebbe quello di una decisione odierna avente ad oggetto lo sfruttamento totale di una risorsa naturale. La risorsa in questione, esaurendosi, non potrebbe essere sfruttata dai posteri; tuttavia, tale sfruttamento porterebbe ad un aumento della qualità della vita non solo dell'attuale, ma anche delle future generazioni, implicando magari un incremento del tasso di nascita della popolazione²⁹. Non si può dire che lo sfruttamento presente delle risorse naturali costituisca un danno per il futuro in quanto molti individui esisterebbero o non esisterebbero proprio a causa della decisione di sfruttare le risorse naturali.

Quest'ultimo esempio, però, potrebbe risultare controverso nella misura in cui la modifica radicale dell'ecosistema potrebbe implicare la messa in pericolo dell'intera umanità, come l'etica della responsabilità di Hans Jonas ha efficacemente sottolineato³⁰. E ciò sarebbe sommamente ingiusto non solo verso le generazioni future, bensì verso l'intero genere umano del passato come del presente e del futuro.

Proprio tale esempio, pertanto, è indice di un dato concettuale da acquisire e tenere in considerazione: la distinzione tra azioni ad effetti identitari ed azioni ad effetti non-identitari è labile e, perciò, risulta problematico e difficoltoso reperire il limite tra le decisioni che ricadono nell'ambito della giustizia intergenerazionale e le decisioni sottratte a tale ambito di senso. Così, questa è la prima articolazione della tesi qui avanzata: è *difficile* distinguere esattamente ciò che è intergenerazionalmente ingiusto da ciò che non lo è, anche se nel tempo tale difficoltà potrebbe essere superata dalle nuove acquisizioni scientifiche³¹.

(28) Cfr. G.S. KAVKA, *The Paradox of Future Individuals*, in *Philosophy and Public Affairs*, 11, 1982, p. 100 ss.

(29) Cfr. D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., p. 361 ss.

(30) Cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 1993, pp. 54-59.

(31) Se, in un determinato momento storico, pare difficile distinguere le situazioni intergenerazionalmente ingiuste da quelle intergenerazionalmente giuste, certamente il progresso scientifico nel tempo aiuta a riconoscere tale discriminazione. Al riguardo, sarebbe utile richiamare breve-

Inoltre, la seconda articolazione, già anticipata, è che il diritto in senso lato a compiere azioni ad effetti identitari troverebbe un limite proprio nell'idea di Jonas di responsabilità verso le future generazioni³². Ogni generazione avrebbe il diritto di determinare l'identità e il numero degli individui della generazione futura, salvo il limite della salvaguardia del genere umano e dell'ecoambiente in cui l'uomo da tempi immemori è inserito.

Proprio questo limite, però, consente qui di introdurre l'idea che ci sia qualcosa che non sarebbe interessato dalla questione delle azioni ad effetti identitari. La preoccupazione di salvaguardare i diritti delle future generazioni nascerebbe, a mio avviso, dalla stessa logica che guida le relazioni giuridiche tra individui contemporanei e orizzontalmente o paritariamente posizionati: il riconoscimento dell'altro in quanto altro.

mente quanto successo nella giurisprudenza civilistica. Ad esempio, fino agli anni '50 non era ammissibile un risarcimento dei danni da parte del figlio, nato con malformazioni, verso i genitori. Fece eccezione una sentenza del Tribunale di Piacenza del 31 luglio 1950: cfr. *Foro italiano*, I, 1951, p. 987, con commenti di F. CARNELUTTI, Postilla in *Foro italiano*, I, 1951, p. 989; S. LENER, *Mero delitto civile la paternità?*, in *Foro italiano*, IV, 1952, p. 18 e P. RESCIGNO, *Il danno da procreazione*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1956, p. 614. Nel caso di specie venne accolta la domanda di risarcimento del figlio che era stato contagiato al momento del concepimento da una malattia dalla quale erano affetti entrambi i genitori. La posizione, però, era isolata. Tuttavia, nonostante nel corso degli anni l'aumento delle conoscenze scientifiche in ambito medico abbia aiutato sempre meglio a riconoscere le condotte colpose dei genitori che danneggiano il feto, fondando di conseguenza eventuali pretese risarcitorie dei figli sulla base del "diritto a nascere sani", tutto ciò non ha mai implicato il diritto a nascere solo se sani. Infatti, la recente sentenza 25767/2015 della Cassazione a Sezioni Unite – dove si lamentava che l'omessa comunicazione da parte del medico di gravi anomalie avrebbe impedito alla madre la scelta dell'interruzione volontaria della gravidanza – ponendo fine a un acceso contrasto giurisprudenziale, ha escluso la configurabilità di un diritto a "non nascere se non sani". Il diritto a nascere sani non implicherebbe affatto il diritto a non nascere se non sani.

Anche la giurisprudenza civilistica italiana, pertanto, pare confermare l'idea che le azioni che influiscono sul numero e sulla identità degli individui futuri sarebbero sottratte al problema della giustizia intergenerazionale. Si ha diritto a nascere sani – e quindi non è intergenerazionalmente giusto mantenere condotte colpose che danneggino il feto causando malformazioni – ma non si ha diritto a non nascere e, di conseguenza, non si possono avanzare pretese risarcitorie verso i genitori la cui condotta nel complesso rimane intergenerazionalmente giusta. Più in generale, sulla risarcibilità del danno endofamiliare, cfr. G. FACCI, *Il danno da adulterio*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2012, pp. 1486-1489, dove tali pretese risarcitorie vengono fondate non tanto a partire dalla responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale, quanto piuttosto direttamente sui diritti fondamentali delle persone all'interno delle formazioni sociali di cui all'art. 2 della Costituzione italiana.

(32) Cfr. H. JONAS, *Il principio responsabilità*, cit., pp. 46-47, 126, 244.

Ora, tale riconoscimento costituirebbe il nucleo di senso dell'idea della proporzionalità, almeno nella forma in cui quest'ultima si declina come sottoprincipio di necessità o di minima lesività, come meglio si chiarirà più avanti. Tale principio, infatti, implica semanticamente un'uguaglianza approssimativa tra i soggetti privati, come d'altronde la stessa immagine del bilanciamento suggerisce, che è del tutto assente nella relazione gerarchica tra individui e pubblici poteri. E sarebbe proprio tale situazione intersoggettiva e orizzontale – qui interpretata nella forma del principio di proporzionalità – che potrebbe rappresentare una possibilità di fondazione del rapporto tra doveri degli individui presenti e diritti degli individui futuri nella forma di una correlazione tra doveri dei primi di contro ai diritti dei secondi³³.

4. Principio di proporzionalità e sue implicazioni

Stabilita l'idea delle azioni ad effetti non identitari quale classe delle azioni suscettibili di essere valutate o meno come intergenerazionalmente ingiuste, passo ora, in primo luogo, all'illustrazione della tesi qui avanzata del principio di proporzionalità quale fondamento e forma della giustizia intergenerazionale e, in secondo luogo, alle implicazioni derivanti dall'individuazione di tale parametro.

Alcuni chiarimenti preliminari sul principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) mi sembrano opportuni.

Dell'idea della proporzionalità, che dal punto di vista storico potrebbe essere radicata nelle riflessioni di Hume sulla giustizia³⁴, si danno più

(33) Sulla tesi della natura paritaria e orizzontale della correlazione tra doveri della generazione presente e diritti di quelle future, cfr. T. GRECO, *Da dove vengono i diritti delle generazioni future?*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, XX, 1, 2018, p. 261.

(34) Affinché possa esserci giustizia nelle relazioni intersoggettive, il filosofo scozzese enuncia tre condizioni, quali l'insufficienza moderata dei beni materiali, un moderato amor proprio e, infine, un'uguaglianza approssimativa nel senso di mancanza di eccessive differenziazioni tra i soggetti di giustizia. In merito alla prima condizione, per Hume il problema della giustizia non si pone in una situazione di eccesso di beni materiali, come, ad esempio, nell'età dell'oro o del Paradiso terrestre: cfr. J. HARRISON, *Hume's Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1981, p. 265. Oltre che in una situazione di abbondanza estrema di beni materiali, la giustizia non sarebbe possibile nella situazione radicalmente opposta della scarsità estrema, che coinciderebbe con la guerra generale di natura: cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 192. Ora, sia la prima sia la seconda condizione di giustizia rinviano in qualche modo all'idea della proporzionalità, nella misura in cui richiamano l'idea dell'uguaglianza approssimativa.

varianti, tra le quali qui si adotta quella elaborata da Alexy, che è relativa alla teoria dei principi e del bilanciamento.

Secondo questo modello, il principio di proporzionalità si comporrebbe dei tre sottoprincipi di idoneità, di necessità (minima lesività) e di proporzionalità in senso stretto (bilanciamento), e troverebbe applicazione nel modo seguente. Durante la fase di applicazione delle norme, entrano in ballo due principi concorrenti P_1 e P_2 (ad esempio, principio di libertà di espressione e principio di tutela della personalità, come succede spesso a seguito di articoli di organi di stampa che vanno a ledere l'immagine e il buon nome dei soggetti citati in articoli di giornale). Questi principi possono essere realizzati mediante diversi mezzi normativi, M_1, M_2, M_3 , ecc. Secondo il principio di proporzionalità, tra questi mezzi normativi di realizzazione dei principi andrebbero scelti quei mezzi che, in primo luogo, siano in grado di realizzare adeguatamente il relativo principio (criterio di idoneità) e, in secondo luogo, ledano nella misura minore possibile il principio concorrente (principio di necessità). Fatta questa scelta, si passa al principio di proporzionalità in senso stretto, cioè al bilanciamento tra principi P_1 e P_2 ³⁵.

Tale rappresentazione del principio di proporzionalità, essendo di natura "logica", riuscirebbe a fondare la correlazione tra diritti e obblighi a prescindere dall'esistenza di norme positive che connettono pretese e doveri delle controparti. Nel nostro caso, il principio di proporzionalità dovrebbe essere in grado di correlare i doveri della generazione attuale con i diritti di quelle future. Di contro a posizioni che sul piano teorico-generale negano la correlazione tra doveri presenti e diritti futuri, come, ad esempio, sostiene Zagrebelsky³⁶, qui, invece, si opta per tesi della equivalenza semantica tra doveri della generazione presente e diritti di quelle future.

(35) Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 134-136; L. DI CARLO, *Teoria istituzionale e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 295-296.

(36) Sul medesimo punto, cfr. la posizione di G. Zagrebelsky, che afferma l'esistenza di doveri in capo alla sola generazione presente a prescindere dall'esistenza di diritti in capo alle generazioni future: cfr. G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino, Einaudi, 2016, pp. 87, 89; Id., *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017, p. 8.

Delineata la struttura del principio di proporzionalità, passo ora alle implicazioni della tesi principale. In primo luogo, la relazione semantica tra azioni ad effetti identitari e diritti di autonomia, nel senso di diritti di libertà, potrebbe generare qualche sorpresa dogmatica dal punto di vista del carattere fondamentale dei diritti di libertà. Se, infatti, si adotta una posizione paternalistica – intendendo per paternalismo una posizione teorica in cui, in merito alla successioni delle generazioni, la generazione precedente potrebbe imporre a quelle future la propria idea di assetto istituzionale buono – nulla vieta che una determinata generazione, magari non particolarmente sensibile ai diritti di autonomia e di libertà, possa imporre a quelle future un'idea di ordinamento in cui tali diritti non giochino quel ruolo fondamentale che essi hanno negli attuali ordinamenti. Tutto sommato, la concezione liberale rimane una meta-ideologia, cioè l'ideologia per la quale ognuno può seguire la propria ideologia nella vita personale nonché nel modo di configurare le istituzioni. Per quanto formale, però, rimane sempre una teoria e, come tutte le teorie, è qualcosa di storicamente contestualizzato. Ora, il superamento del modello liberale, per quanto di fatto altamente improbabile, rimane, tuttavia, teoricamente possibile.

Al contrario, a me pare che il principio di proporzionalità, a differenza dei diritti di autonomia e di libertà, non sia interessato dal problema della non-identità, e ciò per due ragioni.

In primo luogo, imponendo solo il criterio della minima lesività del diritto altrui, il principio di proporzionalità non toglie alla generazione attuale il potere di assumere decisioni sia ad effetti identitari sia ad effetti non identitari per le generazioni future.

In secondo luogo, qui pare che il rispetto del principio di proporzionalità, prima di essere imposto da norme positive, abbia piuttosto natura concettuale, e, come tale, riesca a sottrarsi al problema delle azioni ad effetti identitari. Proprio perché si tratta di un principio a natura logico-semantica, come tale esso si sottrae agli effetti identitari o non-identitari della decisione politica, la quale, per definizione, ha natura storica. E ciò che è storico non può travolgere ciò che è logico-semantico, bensì potrebbe senza dubbio portare al superamento delle discipline normativo-positive. Fondare gli obblighi verso le future generazioni sulle nor-

me positive di un ordinamento, come pure si è proposto in dottrina³⁷, potrebbe rivelarsi problematico nella misura in cui una decisione ad effetti identitari potrebbe portare all'abrogazione di tali norme.

Riassumendo quanto precede, ora si può meglio articolare la tesi alla base del presente saggio affermando che la giustizia intergenerazionale oscillerebbe tra un nucleo minimo, rappresentato dal principio di proporzionalità, e una interpretazione estensiva di essa, che consisterebbe nella garanzia anche per le generazioni successive delle libertà fondamentali e dei diritti di autonomia³⁸.

Terminata l'introduzione dei due concetti centrali per la giustizia intergenerazionale, quali le azioni ad effetti identitari e il principio di proporzionalità, è ora opportuno testare questi due principi alla luce di alcune posizioni teoriche sviluppate in merito al tema in esame, partendo dalle riflessioni di Rawls al riguardo.

5. Alcuni rilievi critici al concetto di giustizia intergenerazionale in Rawls

Il criterio delle azioni ad effetti identitari rischia di lasciar emergere alcuni rilievi di criticità all'interno dell'idea di giustizia intergenerazionale sviluppata da Rawls.

(37) Sulla possibilità di radicare i diritti delle generazioni future in norme positive dell'ordinamento, sono da segnalare le prese di posizione di A. D'Aloia, sostenitore della tesi che il nostro ordinamento, soprattutto dopo l'emanazione della Costituzione, contenga diverse norme di protezione delle generazioni future, e di R. Bifulco, che, invece, nega che l'ordinamento italiano contenga norme di protezione per gli individui futuri. Sul punto, cfr. rispettivamente A. D'ALOIA, *Costituzione e protezione delle generazioni future*, in F. CIARAMELLI, F.G. MENGA (a cura di), *Responsabilità verso le generazioni future. Una sfida al diritto, all'etica e alla politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 294; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli, 2008, p. 61.

(38) Un'ulteriore implicazione di quanto asserito è che, se il principio di proporzionalità è un principio a carattere concettuale privo di relazione intrinseca con i diritti di libertà, allora la tesi, sostenuta da Kant fino ad Alexy, della connessione necessaria tra ragionamento giuridico, qui richiamato nella forma del principio di proporzionalità, e liberaldemocrazia costituzionale non sarebbe condivisibile. Il ragionamento giuridico non avrebbe una connessione concettuale necessaria con gli assetti costituzionali liberaldemocratici, per quanto non si può non riconoscere che esso si è sviluppato poderosamente proprio all'interno di questi ultimi modelli istituzionali. Sulla tesi della connessione necessaria, cfr. R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995, pp. 146 ss., 163-164.

Com'è noto, una delle prime e più penetranti analisi del concetto di giustizia intergenerazionale in tempi a noi vicini è quella di Rawls. In *Teoria della giustizia*, il filosofo politico americano tratta tale problema partendo da quell'insieme di principi che tutti potrebbero sottoscrivere nella "posizione originaria" sotto la condizione del "velo di ignoranza". Sebbene gli individui sappiano di appartenere alla stessa generazione, tuttavia, essi non sanno né a quale periodo storico appartenga la loro generazione, né quale grado di sviluppo sociale, politico e culturale essa abbia raggiunto³⁹.

In *Teoria della giustizia*, l'idea di giustizia intergenerazionale quale aspetto interno della giustizia sociale si cristallizza nell'idea di tasso adeguato di risparmio⁴⁰, integrata da quella di assunzione motivazionale aggiuntiva⁴¹, quale sentimento che lega i rappresentanti della successione delle diverse generazioni. Tale assunzione motivazionale aggiuntiva darebbe la spinta agli individui nella posizione originaria a stabilire il tasso di risparmio cui essi stessi e le successive generazioni dovrebbero attenersi. Si stabilisce così un corretto e giusto principio di risparmio che tutti dovrebbero osservare nel presente come nel futuro e che deve rimanere sempre strumentale al raggiungimento e al successivo mantenimento di istituzioni giuste centrate sull'idea di libertà⁴².

L'idea di assunzione motivazionale aggiuntiva presta il fianco a qualche obiezione.

In primo luogo, dal fatto che i familiari si preoccupino giustamente per i loro discendenti non segue che ci si debba preoccupare per le generazioni future che non appartengono alla mia linea discendente⁴³. Il legame affettivo tra generazioni, se può valere all'interno della famiglia o, al massimo, per la nazione, sicuramente non ha la stessa forza quan-

(39) Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, Mass. 1973, p. 136 ss.

(40) *Ivi*, pp. 137, 286.

(41) *Ivi*, p. 292.

(42) *Ivi*, p. 290.

(43) Cfr. D. HEYD, *A Value or an Obligation? Rawls on Justice to Future Generation*, in A. GOSERIES, L. MEYER (a cura di), *Intergenerational Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 175.

do si tratta di generazioni non appartenenti a questi ambiti più ristretti. Inoltre, la natura altruistica dell'assunzione motivazionale aggiuntiva è in contraddizione con la natura prettamente egoistica che gli individui hanno nella posizione originaria⁴⁴.

Il secondo rilievo critico contro la assunzione motivazionale aggiuntiva è che si tratta di un'idea creata *ad hoc* per far sorgere obbligazioni verso le generazioni future. A prescindere da ciò, infatti, non si avrebbe alcuna ragione per limitare l'egoismo che muove gli individui nella posizione originaria.

Lo stesso principio del risparmio generazionale di Rawls rimane problematico nella misura in cui sembra più fondato sul sentimento di benevolenza verso gli individui piuttosto che rivelarsi un principio deducibile dalla teoria della giustizia.

Ne deriva, nelle opere successive alla *Teoria della giustizia*, una modifica delle ragioni a fondamento del tasso di risparmio adeguato, che sono ora poste nel concetto di rigorosa conformità⁴⁵. Secondo quest'ultima, gli individui dovrebbero seguire lo stesso tasso di risparmio soltanto perché le precedenti generazioni si sono attenute al medesimo.

Un'obiezione al concetto di rigorosa conformità è che tale soluzione rischia di contraddire l'idea delle azioni ad effetti non-identitari. Più chiaramente, se il tasso di risparmio di una generazione condiziona l'identità e l'esistenza degli individui futuri e se in merito a tali azioni non si pone il problema della giustizia intergenerazionale, di conseguenza, non c'è alcun motivo perché la generazione presente debba attenersi allo stesso tasso presuntivamente adeguato di risparmio della generazione passata, se questo tasso avrà effetti identitari per le generazioni successive. In termini ancora più semplici, se ogni generazione ha il diritto di configurare se stessa in base al principio di autonomia, non si vede perché dovrebbe attenersi a quanto hanno fatto le generazioni passa-

(44) Cfr. J. ENGLISH, *Justice Between Generations*, in *Philosophical Studies*, 31, 1977, p. 91 ss.

(45) In *The basic structure of the subject*, in *American Philosophical Quarterly*, 14, 1977, p. 159 ss., RAWLS abbandona l'idea di assunzione motivazionale aggiuntiva sottolineando il carattere ideale della sua idea di giustizia che si concentra attorno all'idea di principio di risparmio cui tutte le generazioni devono attenersi. La stessa idea verrà mantenuta nelle opere successive, come, ad esempio, ID., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 274.

te⁴⁶. Ogni generazione si sceglie il tasso di risparmio che più le aggrada e che meglio risponde alla decisione di configurare la propria esistenza in questa o quella forma, senza preoccuparsi di quanto abbiano fatto le generazioni precedenti.

Inoltre, è da aggiungersi che il tasso di risparmio non può essere costante in quanto esso si modifica necessariamente in base al numero di individui e alla capacità di crescita produttiva che contraddistingue ogni generazione. Rawls, al contrario, assume in maniera idealmente semplificata non solo che il numero di individui di ogni generazione rimanga costante, bensì anche che un'economia di mercato sviluppata come la nostra si dia in tutte le culture, senza considerare che, anche nella nostra società occidentale post-industriale, la capacità di accumulo e conseguentemente di risparmio è piuttosto bassa rispetto all'epoca del primo sviluppo della società industriale⁴⁷.

6. *Le ragioni della proporzionalità*

6.1. *Dal tasso di risparmio al valore-soglia al principio di proporzionalità*

Alla luce delle problematiche emerse nell'analisi del concetto di tasso di risparmio di Rawls, ora verrà qui discussa la tesi della Strack, centrata sull'idea di *valore-soglia* quale insieme di diritti e beni materiali minimali che una generazione dovrebbe garantire e trasmettere a quella successiva.

Prima, però, di analizzare questo concetto, è necessario richiamare le ragioni che potrebbero giustificare il discorso sulla giustizia tra generazioni.

Il criterio più adeguato al riguardo pare essere quello della *reciprocità indiretta*, secondo cui se A dà qualcosa a B, ciò non implica che B debba restituire ad A la stessa cosa ricevuta, come nella relazione di reciprocità diretta, bensì piuttosto che B sia obbligato a trasmettere qualco-

(46) Cfr. A. STRACK, *Intergenerationelle Gerechtigkeit*, cit., p. 105.

(47) Cfr. B. BARRY, *Justice between Generations*, in P.M.S. HACKER, J. RAZ (a cura di), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Oxford University Press, 1977, p. 281.

sa di equivalente a C. Noi siamo debitori non verso coloro che ci hanno dato qualcosa e ora non esistono più, ma verso coloro che non esistono ancora, in quanto, se qualcosa abbiamo ricevuto dal passato, è nostro dovere trasmetterlo alle generazioni future⁴⁸. Inoltre, la reciprocità indiretta è di tipo discendente o decrescente: la generazione presente deve dare qualcosa a quella futura in quanto ha, a sua volta, ricevuto qualcosa dalla generazione passata⁴⁹.

Interpretato il modello di configurazione della giustizia intergenerazionale sulla base dell'idea di proporzionalità, ci si chiede ora che cosa vada trasmesso alle generazioni future. Più nello specifico, Strack sostiene l'idea che si dovrebbero trasmettere alle future generazioni beni fondamentali quali i diritti di libertà, opportunità, risparmi e sostanze patrimoniali, quindi beni giuridici e beni economici che noi stessi abbiamo ereditato dalle generazioni passate.

Ora, questi oggetti costituirebbero, secondo la Strack, un valore-soglia, pertanto un valore sostanziale minimale, che, come tale, distinguerebbe la sua proposta teorica da quella qui avanzata e protesa, invece, ad individuare criteri più sfumati e più generici di configurazione di assetti sociali che vogliano dirsi giusti. Al di sopra di tale valore-soglia, un'azione non danneggerebbe un individuo futuro, mentre al di sotto di esso gli individui futuri sarebbero danneggiati, a prescindere dal fatto che un'azione sia o meno ad effetti identitari⁵⁰. Soddisfazione degli elementari bisogni materiali della persona e garanzia dei diritti di libertà sarebbero il valore-soglia sotto il quale si potrebbe dire che un'azione del presente causerebbe un danno agli individui della generazione futura⁵¹. A mio avviso, la tesi della Strack andrebbe reinterpretata nel modo seguente.

(48) Cfr. A. STRACK, *Intergenerationelle Gerechtigkeit*, cit., p. 207.

(49) Cfr. O. HÖFFE, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Frankfurt am Main, 3. Aufl., 1995, p. 181 ss.

(50) Cfr. L.H. MEYER, *Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm*, in L.H. MEYER, S.L. PAULSON, T.W. POGGE (a cura di), *Rights, Culture, and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 143 ss.

(51) Cfr. A. STRACK, *Intergenerationelle Gerechtigkeit*, cit., p. 269.

Certamente si può dire che gli individui presenti non abbiano alcun dovere di ampliare diritti e possibilità materiali relative agli individui futuri, a meno che l'allargamento delle possibilità economiche dovesse andare a vantaggio dei diritti di libertà dei posteri. Analogamente, gli individui presenti hanno il divieto di non ridurre le possibilità e le *chances* delle future generazioni, come, ad esempio, annientare tutte le biodiversità che potrebbero essere utili alla ricerca scientifico-medica delle generazioni successive.

Dal punto di vista finanziario, ciò significa che le generazioni presenti non dovrebbero lasciare debiti a carico delle generazioni future, a meno che tale indebitamento dovesse servire al mantenimento delle libertà fondamentali o a scopi di investimento a beneficio delle stesse generazioni successive. Rimarrebbe escluso, invece, un indebitamento pubblico solo a scopo di consumo⁵².

Se, però, si identifica il valore-soglia delle libertà fondamentali e della soddisfazione dei bisogni materiali fondamentali quale limite sotto il quale si potrebbe affermare che un'azione presente danneggi un individuo futuro, si dovrebbero aggiungere due rilievi.

In primo luogo, il valore-soglia, considerato non tanto in relazione ai bisogni fondamentali quanto piuttosto in relazione alle libertà fondamentali, rischia di non superare il *test* del criterio delle azioni ad effetti identitari, come si è argomentato nelle pagine precedenti.

In secondo luogo, il concetto di valore-soglia, rappresentando un punto di minimo sotto il quale non si dovrebbe scendere, non può non richiamare dal punto di vista semantico, in primo luogo, il principio di proporzionalità nella forma del sottoprincipio di necessità o di minima lesività. Se il valore-soglia viene identificato dalla Strack in maniera sostanziale nei diritti di libertà e nei beni materiali fondamentali, qui, invece, si preferisce ridurre il valore-soglia a qualcosa di ancora più formale, come appunto è il principio di proporzionalità.

Strack intuisce correttamente che il parametro della giustizia intergenerazionale vada individuato in un valore-soglia, ma, a mio avviso, tale valore non andrebbe letto in senso sostanziale (diritti di libertà e biso-

(52) *Ivi*, pp. 134-135.

gni materiali fondamentali), ma in senso formale, cioè come principio di proporzionalità quale forma minimale della giustizia intergenerazionale. L'esempio paradigmatico del divieto di danneggiamento degli interessi e dei diritti degli individui futuri, come il divieto di gettare cocci di vetro in un bosco che potrebbero ferire qualcuno che magari cento anni dopo vi sta facendo una passeggiata, non sarebbe altro che l'invito a fare un uso "proporzionato" ed equilibrato del diritto di libertà nel senso che il diritto a godere del bosco non dovrebbe ledere in maniera ultranecessaria il pari diritto altrui allo stesso godimento.

Di conseguenza, si avanza l'idea che l'interpretazione della giustizia tra generazioni qui avanzata vedrebbe quest'ultima oscillare tra un punto di minimo nella forma del principio di proporzionalità (o meglio nella forma della minima lesività per le posizioni di terzi) e un punto di massimo nella forma dei diritti di autonomia e libertà.

6.2. Le ragioni economiche dell'idea di proporzionalità

L'idea di proporzionalità, infine, si pone anche come fattore di crescita economica in alternativa a posizioni, come, ad esempio, quelle utilitaristiche, che, sottolineando il valore della crescita a prescindere dalla distribuzione interna della medesima, potrebbero portare a risultati opposti a quelli prefissati⁵³.

L'utilità marginale decrescente, che si realizzerebbe nel caso di distribuzione ineguale dei beni, implicando un rallentamento della crescita dell'utilità complessiva, suggerirebbe piuttosto di correggere l'utilità aggregata con una distribuzione interna dei beni approssimativamente uguale. Se una torta viene divisa in parti diseguali in modo che a Tizio capitino quattro pezzi e a Caio un pezzo solo, può succedere che l'utilità di Tizio sia massima nel mangiare il primo pezzo ma poi decresca

(53) Una posizione teorica esemplificativa dell'approccio consequenzialista dell'utilità aggregata quale fondamento della giustizia intergenerazionale è quella espressa da D. BIRNBACHER in *Verantwortung für zukünftige Generationen*, Ditzingen-Stuttgart, Reclam, 1988. In merito alla giustizia intergenerazionale, l'approccio diretto alle conseguenze secondo il principio dell'utilità aggregata caldeggiato da Birnbacher implicherebbe alcuni obblighi di omissione, come quelli di non porre in pericolo l'esistenza del genere umano, oppure di non abbassare la qualità della vita delle generazioni future oppure di non causare danni irreversibili, e alcuni obblighi positivi, come quelli di conservare e migliorare le risorse naturali, di sostenere gli individui nei loro progetti di vita orientati al futuro.

quando deve mangiare il terzo e il quarto pezzo, essendo probabilmente sazio, con il rischio di buttare il quarto pezzo di torta⁵⁴. Ne deriva che una distribuzione interna più equilibrata, quindi meglio corrispondente all'idea della proporzionalità e della minima lesività, risulterebbe maggiormente funzionale alla crescita economica⁵⁵.

7. *Debito pubblico e giustizia intergenerazionale*

Il debito pubblico può obbligare gli individui delle future generazioni a pagare sia per beni per i quali essi stessi godono, sia per beni di consumo di cui ha usufruito solo la generazione che ha contratto il debito, sia per eventi naturali (ad esempio, le catastrofi) o sociali (ad esempio, una guerra) da cui essi non hanno tratto alcun beneficio e che, quindi, mai avrebbero approvato. Ora, se è giusto che gli individui futuri paghino per benefici di cui essi godono, meno evidenti sono le ragioni per cui gli individui futuri dovrebbero pagare per servizi ed eventi da cui non traggono alcun beneficio.

Alla luce di quanto argomentato in questa sede, il primo criterio con cui analizzare il debito pubblico è quello delle azioni ad effetti identitari.

Il problema, cioè, è quello di indagare se il pagamento della rata del debito da parte delle future generazioni per scelte da esse non fatte ricada sotto il problema delle azioni ad effetti identitari. A tale punto, le risposte sono due. Se il bene o il servizio costituisce fattore di identità per gli individui futuri, allora siamo fuori dell'ambito della giustizia intergenerazionale, ed è giusto che le generazioni successive paghino per ciò

(54) Cfr. R.M. HARE, *Teoria etica e utilitarismo*, in A. SEN, B. WILLIAMS (a cura di), *Utilitarismo e oltre*, Milano, Il Saggiatore, 2002, p. 36; D. SCHMIDTZ, *Diminishing Marginal Utility and Egalitarian Redistribution*, in *The Journal of Value Inquiry*, 34, 2000, p. 263 ss.

(55) A questo rilievo si potrebbero aggiungere due ulteriori obiezioni. In primo luogo, l'utilitarismo aggregato renderebbe intercambiabili qualità e quantità della vita. Ad esempio, una popolazione di dieci milioni di persone con qualità della vita pari a 2, in una scala da 0 a 10, realizzerebbe una condizione maggiormente preferibile a quella di una comunità di centomila abitanti con qualità della vita pari a 10: l'utilità aggregata del primo caso, ottenuta moltiplicando il numero di abitanti per la qualità della vita, sarebbe maggiore che nel secondo caso: cfr. D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., p. 381 ss. In secondo luogo, a tutte le teorie a struttura consequenzialistica si può rimproverare che esse rischiano di assumere posizioni che ledano i diritti fondamentali degli individui. Sul punto, cfr. J. NIDA-RÜMELIN, *Kritik des Konsequentialismus*, München, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 1993, p. 111 ss.

che ha determinato la loro identità. Se invece, il bene o il servizio non costituisce azione che determina l'identità degli individui futuri, allora il principio di proporzionalità, nella forma della minima lesività degli interessi delle future generazioni, potrebbe costituire l'unico strumento di controllo della decisione assunta nel presente.

Come già osservato a proposito del problema delle azioni ad effetti identitari, accanto a casi chiari che ricadono sotto tale problema, ci sono casi dubbi o difficili che potrebbero sia ricadere sotto il problema delle azioni ad effetti identitari, sia essere configurati in base al principio di proporzionalità. Si pensi, ad esempio, alla costruzione di centrali nucleari negli anni '50 e '60 del Novecento, che nel tempo si sono rivelate poco remunerative, sia rispetto ai costi non preventivati di impatto ambientale e di smaltimento delle scorie radioattive, sia perché nel frattempo si è fatto ricorso alle fonti di energia alternativa che hanno costi decisamente minori. La costruzione di tali centrali potrebbe costituire un'azione ad effetti identitari, in quanto l'utilizzo di energia a basso costo prodotta dall'energia nucleare avrebbe potuto ridurre al minimo la dipendenza dal petrolio, che, com'è noto, viene prodotto da Paesi politicamente instabili e magari imprimere alla civiltà occidentale un carattere diverso da quello attualmente di fatto intrapreso. Lo stesso utilizzo dell'energia nucleare, però, potrebbe essere considerato esterno all'ambito delle azioni ad effetti identitari e, in tal caso, andrebbe soggetto al solo principio di proporzionalità. In ogni caso, si tratta di casi-limite, che, in quanto tali, credo che non indeboliscano la portata della tesi generale qui avanzata, dell'idea di proporzionalità, appunto, quale criterio di configurazione della giustizia intergenerazionale.

Garanzie procedurali e atti amministrativi a contenuto generale*

Monica Cocconi

Lo scritto affronta il tema della sussistenza e delle funzioni degli obblighi procedurali della partecipazione e della motivazione nell'attività amministrativa generale. Vi si sostiene che l'impianto complessivo della legge generale sul procedimento appare declinato nell'offrire, anche in tema di garanzie procedurali, una disciplina procedurale del provvedimento singolare, pertanto le disposizioni contenute negli artt. 3, 13 e 24 della l. n. 241 del 1990 s.m. non sembrano affatto significare una loro preclusione nell'attività amministrativa generale quanto, piuttosto, il rinvio alle discipline speciali proprie di ciascuna funzione. L'analisi della giurisprudenza amministrativa sul tema, inoltre, mette in luce come l'elemento degli effetti plurisoggettivi di questi atti e della conseguente assenza di una lesione immediata di posizioni soggettive, di regola addotto per giustificare l'esenzione dalle garanzie procedurali della partecipazione e della motivazione, non si dimostra sempre un criterio qualificatorio adeguato. Talora, infatti, la disciplina procedurale del provvedimento singolare è richiesta dal contenuto di una specifica prescrizione, di incidenza immediata e indiretta su specifiche situazioni soggettive. La necessaria simmetria concettuale fra qualificazione giuridica dell'atto e sua disciplina procedurale non si verifica, in tal caso, per la necessità di offrire una tutela immediata al singolo rispetto al pregiudizio a questo arrecato da prescrizioni di contenuto singolare.

1. Una disciplina procedurale generale frammentata e formulata in senso negativo

Una delle principali difficoltà nell'affrontare, con metodo sistematico, il tema delle garanzie procedurali richieste nell'attività amministrativa ge-

* Il presente scritto arricchisce il contenuto di una relazione tenuta presso l'Ateneo di Trento il 25 gennaio 2018 sullo stesso tema. Sviluppa inoltre, con l'analisi della giurisprudenza più recente e ulteriori spunti di riflessione alcune delle tesi contenute nel lavoro monografico *La partecipazione dell'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010 e ne introduce ulteriori.

nerale discende dal fatto, anzitutto, che per gli atti a contenuto generale, dotati o meno di natura normativa, il legislatore non ha dettato una compiuta disciplina legislativa.

Dinnanzi a tale incompletezza della disciplina è utile interrogarsi, dunque, se essa comporti una preclusione di tali garanzie o se ad essa sia sottesa una logica più complessa, che si cercherà di far emergere. Tale logica riconosce a queste garanzie, nell'attività amministrativa generale, funzioni e obiettivi differenti rispetto a quelli presenti nei provvedimenti singolari. In tale prospettiva, le disposizioni normative dedicate a questa tipologia di atti, nella legge generale sul procedimento, non assumerebbero il significato di un'esclusione di tali garanzie, quanto quello di un rinvio ad una logica di coerenza e di adeguatezza alla specifica funzione che queste concorrono a conseguire.

L'analisi della giurisprudenza amministrativa sul tema, inoltre, mette in luce come l'elemento degli effetti plurisoggettivi di questi atti e della conseguente assenza di una lesione immediata di posizioni soggettive, di regola addotto per giustificare l'esenzione dalle garanzie procedurali della partecipazione e della motivazione, non si dimostra sempre un criterio qualificatorio adeguato. Talora, infatti, la disciplina procedurale del provvedimento singolare discende dal contenuto di una specifica prescrizione, di incidenza immediata e indiretta su situazioni giuridiche soggettive. La necessaria simmetria concettuale fra qualificazione giuridica dell'atto e sua disciplina procedurale non si verifica, in tal caso, per la necessità di offrire una tutela immediata al singolo rispetto al pregiudizio a questo arrecato da prescrizioni di contenuto singolare.

In altre fattispecie ancora la scelta della disciplina procedurale non consegue né alla qualificazione giuridica dell'atto né al suo specifico contenuto, ma è correlata o alla necessità di tutelare determinati valori dell'ordinamento o a quella di conseguire determinate politiche pubbliche, ritenute di particolare rilievo, o, infine, dall'esigenza di assicurare la stabilità e la compattezza di un determinato assetto pianificatorio. In seno alla disciplina generale sul procedimento ci si è limitati ad adottare disposizioni frammentate e, soprattutto, espresse in forma negativa. In effetti sia l'art. 3 sia l'art. 13 che l'art. 24 della l. n. 241 del 1990 s.s.m. sembrano esentare gli atti in questione, ad una prima lettura, dall'os-

servanza di alcune norme, principalmente quelle sulla partecipazione e sull'obbligo di motivazione.

In seno all'art. 3 della l. n. 241 del 1990 si utilizza infatti, a proposito dell'obbligo di motivazione degli atti normativi e di quelli a contenuto generale, l'espressione «non è richiesta»; nell'art. 13 della stessa disciplina ritroviamo l'ulteriore espressione verbale negativa «non si applicano» a proposito delle disposizioni normative in cui si contempla l'obbligo di partecipazione.

Infine anche l'art. 24, per quanto riguarda l'accesso, menziona questa tipologia di atti nell'elenco che preclude il relativo esercizio¹.

L'impianto logico che accomuna le tre disposizioni normative appare a prima vista, pertanto, piuttosto quello dell'esclusione delle garanzie procedurali applicabili all'attività amministrativa generale che l'intento di definire un loro regime più specifico.

Non fu casuale, peraltro, che la distanza più significativa fra le proposte della Commissione Nigro² e il testo definitivo della legge generale emerse proprio riguardo alla disciplina contenuta nel Capo III, volta ad applicare agli atti amministrativi a contenuto generale la disciplina sulla partecipazione, oltre che nell'esenzione di questi atti, contenuta nel secondo comma dell'art. 3, dall'obbligo di motivazione³.

Nella legge generale, infatti, non veniva recepito il modello dell'istruttoria pubblica, previsto dal Titolo III dell'art. 7 del testo originario proposto dalla Commissione «per l'adozione di strumenti urbanistici, di piani commerciali e di piani paesistici, la localizzazione di centrali energeti-

(1) Di recente, in tema di accesso, si v. Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2382 sul fatto che l'accesso di cui all'art. 79, comma 5-*quater*, del d.lgs. n. 163 del 2006 non precluda l'operatività dell'accesso ex art. 22 e ss. della l. n. 241 del 1990.

(2) Le proposte della Commissione Nigro si trovano in *Quaderni regionali*, 4, 1984, p. 1339. Il disegno di legge è stato pubblicato in *Riv. trim. di scienza dell'amm.*, 2, 1987, p. 85.

(3) Per un'analisi critica dell'art. 13 della l. n. 241 del 1990 si vedano, fra gli altri, C.E. GALLO, *La partecipazione*, in AA.Vv., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 55; A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 48; sull'origine storica della previsione, si v. E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 70. Sul tema si v. anche G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 50 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative al procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 112.

che e l'assunzione di opere pubbliche, che incidono in modo rilevante sull'economia e sull'assetto del territorio e che rientrano nelle categorie individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri». L'esclusione di tale modello appariva tanto più criticabile, per tali atti, poiché proprio nell'attività amministrativa generale risultava essenziale quella compiuta emersione di interessi e di fatti rilevanti coinvolti nel processo di formazione della decisione amministrativa insiti nell'esercizio e nella funzione democratica della partecipazione procedimentale. Grazie alla riflessione della scienza del diritto amministrativo, tuttavia, vi fu la possibilità di offrire un'interpretazione restrittiva della deroga contenuta nell'art. 13, che permise di recuperare lo spirito originario della prima elaborazione della legge generale sul procedimento. La disposizione infatti fu interpretata, anziché come preclusione assoluta ad un apporto dei soggetti privati all'elaborazione dell'attività amministrativa generale, quale mera esenzione dall'applicazione dello specifico modello partecipativo contemplato dal Capo III della legge generale⁴.

La stessa mancata menzione degli atti di pianificazione e di programmazione, in seno all'art. 3 della stessa disciplina, ha indotto a ritenerla obbligatoria per questi atti, secondo un'interpretazione formale della disposizione normativa⁵.

L'esclusione di tali garanzie procedurali, nell'attività amministrativa generale, viene di regola fondata, nella giurisprudenza amministrativa, sulla necessaria coerenza fra il regime procedimentale e quello processuale dell'atto.

Il giudice amministrativo ravvisa, di regola, la *ratio* di tale esclusione, riguardo agli atti amministrativi a contenuto generale, nel fatto che questi si rivolgano in genere, al pari degli atti normativi, ad una serie indeterminata e indeterminabile *ex ante* di destinatari; nel caso degli atti amministrativi a contenuto generale, tali destinatari sarebbero determinabili,

(4) Per tale interpretazione si v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, p. 270.

(5) Si v. M.A. SANDULLI, *Rilevanza e trasparenza dei motivi nel procedimento e nel processo*, in AA.Vv., *Atti del Convegno di Brescia*, 18-19 ottobre 1991, Roma, 1995.

a differenza di quelli normativi, solo a posteriori, ma questi resterebbero, comunque, rivolti ad una pluralità di soggetti⁶.

Si tratta in effetti per la scienza del diritto amministrativo, di atti «ad effetti plurisoggettivi», ossia diretti a «gruppi indeterminati di figure soggettive»⁷; in essi l'identificazione degli specifici destinatari avviene, di regola, attraverso un successivo atto concreto di individuazione, altrimenti definibile atto applicativo.

Poiché tali atti, in virtù dei loro effetti plurisoggettivi, contengono, di regola, disposizioni non immediatamente lesive di posizioni giuridiche soggettive, la possibilità di presentare ricorso risulta differita, com'è noto, al momento dell'emanazione dell'atto applicativo, unitamente al quale dovranno essere impugnati. Solo attraverso tale atto, in effetti, si realizza il pregiudizio della sfera soggettiva e, quindi, si attualizza l'interesse a ricorrere (ai sensi dell'art. 100 c.p.c.)⁸.

In realtà ciò che sorge, per mezzo dell'atto applicativo, non è solo l'interesse ad agire ma la stessa posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo sul piano sostanziale. Gli stessi caratteri di «personale e diretto» che devono assistere l'interesse legittimo svolgono, sul piano sostanziale, il compito di definire, al tempo stesso, la sfera di titolarità della posizione giuridica, il riconoscimento e la tutela della medesima ad opera dell'ordinamento giuridico⁹.

La mancanza di una lesione personale e concreta procurata dall'atto, viceversa, come non concretizza, di regola, l'interesse ad agire in sede processuale, così non esige l'attivazione, in sede procedimentale, di garanzie partecipative e motivazionali dirette ad evitarla o a giustificarla.

(6) Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., sent. 4 maggio 2012, n. 9. Inoltre, sul contenuto strutturalmente e sostanzialmente inscindibile degli atti amministrativi a contenuto generale, per cui la relativa decisione di annullamento risulta operativa *erga omnes*, si v. Cons. Stato, sez. IV, 4 aprile 2018, n. 2097.

(7) In tal senso si v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano 1993, 288; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V. E. Orlando*, II, Padova, Cedam, 1957, p. 455; poi in *Scritti giuridici*, vol. 1, Napoli, 1990, p. 39 ss.; F. BENVENUTI, *L'impugnazione dei regolamenti*, in *Foro amm.*, 1982, p. 532 ss., spec. p. 536 ss.

(8) Si v. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 663; Trib. Sup. Acque, 23 gennaio 2002, n. 8.

(9) Si v. Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2011, n. 4644.

L'esistenza di un criterio di differenziazione di tali atti rispetto a quelli normativi, assai sfumato dalla scienza giuridica¹⁰, è viceversa enfatizzato dalla giurisprudenza che lo riconduce ad un criterio sostanziale, ossia la differente causa fondante, per ciascuna tipologia, dell'esercizio del potere.

Nel caso degli atti normativi, dunque, la *ratio* giustificatrice sarebbe l'esistenza di un'effettiva innovazione dell'ordinamento giuridico a questi riconducibile, attraverso «una disciplina generale ed astratta di (un numero indefinito e non determinato nel tempo) rapporti giuridici»¹¹; i relativi precetti sarebbero caratterizzati, pertanto, dalla ripetibilità ossia dall'applicabilità ad un novero indefinito di fattispecie concrete.

Gli altri atti sarebbero espressione, viceversa, di un potere amministrativo di natura gestionale, volto al concreto perseguimento di un interesse pubblico, programmaticamente circoscritto e temporalmente definito¹². La loro efficacia, di conseguenza, si esaurirebbe con il concreto raggiungimento dell'interesse pubblico, temporalmente circoscritto e strutturalmente esauribile, la cui cura ne costituirebbe la causa giustificatrice. Questa linea di coerenza fra la qualificazione giuridica dell'atto come a contenuto generale e l'esenzione dalla disciplina procedurale richiesta per il provvedimento singolare è accolta, di regola, dalla giurisprudenza amministrativa: «nel caso di atti normativi e amministrativi generali, al di fuori dei casi in cui è esigibile una specifica motivazione in ragione dell'immediata e diretta incidenza su specifiche situazioni soggettive, l'onere di motivazione risulta soddisfatto con l'indicazione dei profili generali e criteri che sorreggono le scelte, senza necessità di una spe-

(10) Sull'indistinzione dei confini fra regolamenti e atti amministrativi generali, si v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 172 ss.; G. MORBIDELLI, *Il Tar del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *Istituzioni mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, p. 405 ss.; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 365 ss., spec. p. 403 ss.

(11) Si veda in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812 e 28 febbraio 2012, n. 1120, in *Gior. dir. amm.*, 2012, con nota di M. MASSA, *Due sentenze ambiziose sul potere normativo dell'amministrazione*; Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9, *ivi*, p. 1209, con nota di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*.

(12) In tal senso si v. Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278. In tal senso anche Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812.

cifica motivazione. Costituisce in sé una motivazione, la coerenza delle scelte con le finalità enunciate dall'atto come proprie¹³.

In tale prospettiva, ad esempio, non si è riscontrato il difetto di motivazione, di recente, in una delibera regionale¹⁴ che introduceva limiti e modalità più restrittivi di quelli imposti dalla disciplina statale, al fine di realizzare «livelli di tutela dell'ambiente più elevati» nel trattamento e utilizzo, a beneficio dell'agricoltura, dei fanghi di depurazione delle acque reflue di impianti civili e industriali (attraverso la distinzione fra fanghi idonei e fanghi di alta qualità)¹⁵. Si è infatti ritenuto che le ragioni dell'adozione delle misure richiamate fossero desumibili da elementi oggettivi rinvenibili nell'atto impugnato e non esigessero, pertanto, una motivazione puntuale.

Allo stesso modo non sono stati ritenuti soggetti all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento il programma di dismissione degli alloggi sottratti alla mano pubblica¹⁶, la delibera comunale contenente misure di regolamentazione del traffico¹⁷, quella che fissa la remunerazione delle prestazioni rese dalle strutture sanitarie¹⁸ i provvedimenti tariffari relativi alla specialistica ambulatoriale¹⁹ e l'approvazione del prontuario terapeutico²⁰; non sono stati considerati sottoposti all'obbligo di motivazione in senso stretto il bando di concorso²¹, il bando di

(13) Si v. Cons. Stato, sez. IV, n. 3363/2006; più di recente, si v. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2016, n. 4704. Sull'onere molto ridotto di motivazione riguardo agli atti normativi si v. Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3365.

(14) La deliberazione della Giunta regionale della Lombardia n. 2031/2014 che reca «Disposizioni regionali per il trattamento e l'utilizzo, a beneficio dell'agricoltura, dei fanghi di depurazione delle acque reflue di impianti civili e industriali, in attuazione dell'art. 8, comma 8, della l.r. 12 luglio 2017, n. 12».

(15) Si v. Cons. Stato, sez. IV, 10 luglio 2017, n. 3365.

(16) TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 22 marzo 2012, n. 110.

(17) TAR Campania, Napoli, sez. I, 18 ottobre 2005, n. 16660; 8 aprile 2010, n. 1830.

(18) TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 febbraio 2007, n. 975.

(19) Si v. TAR Roma, sez. III, 6 novembre 2017, n. 11022.

(20) Si v. Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2017, n. 997.

(21) Si v. Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2010, n. 3058; Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2752.

gara²², la revisione delle piante organiche delle farmacie²³, l'atto di regolamentazione degli orari di apertura e chiusura degli esercizi pubblici²⁴, il regolamento sulla pubblicità e l'applicazione del canone degli impianti pubblicitari²⁵ e lo stralcio della Regione sul piano regolatore comunale²⁶.

2. La prevalenza della logica funzionale di settore rispetto a quella della qualificazione giuridica dell'atto

Tuttavia, ad un'analisi più attenta, la logica che impronta la disciplina procedurale di questa tipologia di atti non appare affatto quella di una preclusione assoluta di tali garanzie quanto, piuttosto, la necessità di una loro rispondenza alla specifica funzione che sono dirette a conseguire nell'attività amministrativa generale²⁷.

Posto che tutto l'impianto della legge generale sul procedimento appare calibrato sull'offrire una disciplina procedurale del provvedimento singolare e concreto, la menzione di tali garanzie pare rispondere più al rinvio ad una logica di specialità funzionale che a quella della loro esclusione.

Tale logica è esplicitata, ad esempio, all'art. 13, laddove, a proposito delle garanzie partecipative, si afferma: «restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione»²⁸. Lo stesso rinvio è presente nell'art. 24, dopo la menzione della loro esclusione, e sottintende la convinzio-

(22) Si v. Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2011, n. 3809, TAR Milano, sez. III, 6 novembre 2017, n. 2098.

(23) Si v. Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2007, n. 5014.

(24) TAR Lombardia, Milano, sez. III, 24 febbraio 2006, n. 519.

(25) In tal senso si v. Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2016, n. 4794.

(26) Si v. TAR Torino, sez. I, 12 agosto 2016, n. 1115. Sull'inapplicabilità delle norme sulla partecipazione rispetto agli atti generali e di pianificazione, si v. TAR Roma, sez. II, 6 maggio 2016, n. 5298.

(27) In tal senso, M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010.

(28) Per un'interpretazione dell'art. 13 in senso positivo si v. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 270. In tal senso anche A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1035.

ne che l'obbligo di pubblicazione sia la modalità più adeguata ad assicurare la conoscibilità di questi atti.

Tale esplicitazione rafforza la convinzione che il legislatore fosse consapevole, oltre che dell'inadeguatezza del regime procedurale del provvedimento singolare all'attività amministrativa generale, della difficoltà di ipotizzare, per questo tipo di attività, un modello procedurale uniforme, discendente in modo univoco dalla qualificazione giuridica di un atto amministrativo come a contenuto generale.

Emergeva la posizione, piuttosto, della necessità e della sussistenza, nell'attività amministrativa generale, di una pluralità di modelli procedurali, adeguati alla specificità della funzione da conseguire. Tali modelli, inoltre, sarebbero stati caratterizzati, di regola, da una valenza della partecipazione non essenzialmente difensiva, ossia improntata al paradigma del contraddittorio e dell'aggiudicazione. Questa doveva essere volta, piuttosto, ad arricchire l'istruttoria e a legittimare verso i destinatari l'assunzione di decisioni attraverso un'attività essenzialmente precettiva, rivolta verso una serie aperta di soggetti.

Inoltre, sempre secondo un'interpretazione estensiva, la stessa introduzione esplicita, in seno alla legge generale, di un principio generale di partecipazione avrebbe dovuto investire anche le discipline procedurali pregresse e caratterizzarle in senso sostanzialmente partecipativo.

Le stesse osservazioni previste, ad esempio, in seno al procedimento di formazione del piano regolatore generale dalla l. n. 1140 del 1942 avrebbero dovuto evolversi da mero strumento collaborativo dell'amministrazione ad un modello di partecipazione effettiva dei cittadini al procedimento di elaborazione dei piani urbanistici²⁹.

L'insussistenza di un'incompatibilità logica fra partecipazione e attività amministrativa generale è emersa con evidenza dalla vicenda che aveva investito il modello dell'istruttoria pubblica, contemplato dall'art. 17 dello Statuto dell'Emilia-Romagna, su atti normativi o amministrativi di

(29) Sul ruolo svolto dai principi della legge generale sui modelli partecipativi presenti nelle discipline di settore preesistenti, si v. G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1316.

carattere generale³⁰. Tale inchiesta poteva essere indetta dall'Assemblea regionale, anche su richiesta di non meno di 5.000 persone, e si svolgeva «in forma di pubblico contraddittorio». Ad essa potevano prender parte, tramite o con l'assistenza di un esperto, oltre ai consiglieri regionali ed alla Giunta, «associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale».

Lo Statuto stesso prevedeva, peraltro, che il provvedimento finale adottato venisse motivato «con riferimento alle risultanze istruttorie».

Il Presidente del Consiglio dei Ministri, com'è noto, aveva impugnato tale previsione statutaria sotto molteplici profili fra cui la contrarietà dell'istruttoria pubblica rispetto all'art. 97 Cost., per gli «aggravi procedurali non coerenti con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione»; l'obbligo di motivazione previsto sarebbe stato in contrasto, inoltre, con «i principi in tema di attività normativa e principalmente quello dell'irrelevanza della motivazione della norma».

La Consulta, nel ritenere infondate le prospettate censure di incostituzionalità³¹, aveva addirittura valorizzato il modello partecipativo contemplato dallo Statuto nel precisare che «rappresenta l'inserimento anche a livello statutario di istituti già sperimentati e funzionanti, anche in alcune delle maggiori democrazie contemporanee».

Lungi dall'ostacolare o appesantire l'attività della pubblica amministrazione, l'inchiesta mirava piuttosto, nell'ottica dei giudici costituzionali, a «migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche».

La stessa impostazione favorevole a valorizzare, anziché escludere, la partecipazione all'attività amministrativa generale appare rafforzata, peraltro, dal fatto che i principi e le discipline procedurali, nei settori in cui vi si ricorre con maggiore frequenza, ossia la regolazione ambientale e la regolazione condizionale dell'attività economica, sono principalmente di derivazione europea.

(30) Su cui si v., *amplius*, E. FREDIANI, *Informazione e partecipazione dei privati ai procedimenti normativi nella nuova disciplina statutaria*, in E. ROSSI (a cura di), *Le fonti del diritto nei nuovi Statuti regionali*, Padova, Cedam, 2007, p. 364 ss.

(31) Corte cost., 6 dicembre 2004, n. 379, in *Foro it.*, I, 2005, p. 293.

Nel diritto europeo sono presenti, di regola, garanzie e meccanismi procedurali più raffinati di quelli contemplati dalla disciplina generale nazionale e più in grado di vincolare l'esercizio delle relative funzioni.

Essi prevedono, talora, la forma dell'audizione orale e la consultazione dei soggetti privati anche su proposte di provvedimenti. Permettono, inoltre, la partecipazione anche in relazione ai procedimenti generali, laddove la legge sul procedimento esclude l'applicazione dei propri istituti partecipativi³².

La ricezione nazionale di tali discipline ha spesso supplito all'assenza di una disciplina generale che imponesse garanzie procedurali all'attività amministrativa generale e ne contemplasse le modalità di esercizio. Sono stati infatti introdotti meccanismi procedurali diretti ad arricchire i processi decisionali e ad accrescere l'effettività della partecipazione sulla decisione amministrativa.

In linea più generale l'esistenza, nel diritto europeo, del principio di pubblicità del procedimento amministrativo ha indotto i nostri giudici costituzionali, in una pronuncia del 17 marzo 2006, la n. 104, a ritenere applicabile nel diritto nazionale una sua diretta implicazione, ossia l'obbligo generale di motivazione di tutti gli atti comunitari, contemplato dall'art. 253 Trattato CE (ora art. 296, comma secondo, TFUE)³³ sebbene la Corte non faccia espressa menzione degli atti amministrativi generali. Nella prospettiva della Consulta, lo statuto sostanziale dell'attività amministrativa, contenuto negli artt. 97 e 98 della Costituzione, incorporerebbe, alla luce della richiamata giurisprudenza della Corte costituzionale, anche i principi del giusto procedimento e della motivazione del-

(32) Le modalità con cui la partecipazione si esplica nelle discipline speciali delle autorità indipendenti sono analizzate da S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 185, nota 18.

(33) «I regolamenti, le direttive e le decisioni, adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, nonché degli atti adottati dal Consiglio e dalla Commissione sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri richiesti in esecuzione del presente Trattato». Per un commento a tale pronuncia che evidenzia il nesso, da questa stabilito, fra partecipazione e trasparenza, si veda B.G. MATTARELLA, *Il rilievo del principio costituzionale di pubblicità*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, p. 169. In particolare in tale decisione si afferma che: «la pubblicità del procedimento amministrativo è un principio del patrimonio costituzionale comune dei Paesi europei; principio stabilito, tra l'altro, dall'art. 253 del Trattato costitutivo delle Comunità europee, che impone l'obbligo di motivare tutti gli atti comunitari».

le decisioni amministrative³⁴. Poiché infatti gli stessi principi, in forza dell'art. 296 TFUE³⁵, appartengono al «patrimonio costituzionale comune delle Comunità europee e dei Paesi europei» opererebbero pertanto, anche nell'ordinamento nazionale, quali norme interposte, attraverso il richiamo contenuto nell'art. 117 Cost.

Sebbene dunque la Consulta non faccia un riferimento esplicito all'attività amministrativa generale, il richiamo all'art. 253, ora 269, secondo comma, TFUE, potrebbe interpretarsi come il monito verso un vincolo più generale alla motivazione di tutti gli atti amministrativi.

Soprattutto nei settori citati inoltre, sia la motivazione sia la partecipazione rispondono ad una pluralità di funzioni rilevanti sotto il profilo assiologico che non si esauriscono in quella di instaurare un contraddittorio, già in sede procedimentale.

In esse, pertanto, non si verifica quel nesso consequenziale fra regime processuale e regime procedurale che, in assenza di una legittimazione ad agire in giudizio, vanifica anche le ragioni di una tutela, in sede procedimentale, improntata a finalità principalmente difensive.

L'esercizio della partecipazione, ad esempio, oltre che assolvere ad una funzione di garanzia di specifiche posizioni soggettive, principalmente nei provvedimenti singolari³⁶, è diretta, soprattutto nell'attività amministrativa generale, a supportare l'amministrazione nella formazione della scelta più adeguata, prospettando alternative di soluzione, arricchendo l'istruttoria e rafforzando la condivisione e la legittimazione della decisione dell'amministrazione sotto il profilo sia democratico sia economico e sociale³⁷.

(34) TAR Lombardia, Milano, sez. III, 8 aprile 2010, n. 68.

(35) «Qualora i trattati non prevedano il tipo di atto da adottare, le istituzioni lo decidono di volta in volta, nel rispetto delle procedure applicabili e del principio di proporzionalità. Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati. In presenza di un progetto di atto legislativo, il Parlamento europeo e il Consiglio si astengono dall'adottare atti non previsti dalla procedura legislativa applicabile al settore interessato».

(36) Più in generale, sul tema, si veda M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

(37) Sulle funzioni della partecipazione nella funzione regolatoria si veda S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, 2002, p. 269. Sul tema si

La motivazione, oltre a rendere possibile una miglior interpretazione dell'atto al fine di permettere il sindacato giurisdizionale sul medesimo, crea talora i presupposti affinché l'attività amministrativa divenga oggetto di controllo consapevole e informato da parte dei cittadini, accrescendo la responsabilità dei poteri pubblici³⁸.

Proprio per tale pluralità di funzioni, pertanto, il vincolo esercitato da tali garanzie non appare precluso rispetto ad atti, come quelli a contenuto generale, di regola non soggetti ad un controllo giurisdizionale diretto ed immediato.

3. La disciplina procedurale nella regolazione economica

La prospettiva di una conformazione della disciplina procedurale alla specificità della funzione da conseguire – piuttosto che alla qualificazione giuridica dell'atto – è molto marcata nel settore della regolazione condizionale dell'attività economica³⁹.

v. anche F. SAITTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2, 2010, p. 299. In una prospettiva comparata, si veda la decisione della *High Court of Justice (Berkshire District Council Reading Borough Council v. Department for Communities And Local Government*, del 31 luglio 2015), nella quale il giudice inglese ha affermato che l'autorità amministrativa, in caso di adozione di una nuova misura regolatoria, deve tenere da conto sia delle risultanze emerse nel corso del procedimento di consultazione dei destinatari sia dei risultati della valutazione costi/benefici del provvedimento stesso.

(38) Sulla pluralità di funzioni della motivazione si rinvia a M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894 ss.; M. COCCONI, *La motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 707 ss. Di recente, si v. anche A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, *passim*, ma spec. p. 249 ss.; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 837 ss.; M. DE DONNO, *Riflessioni sulla "motivazione in diritto" del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2013, p. 629 ss.; G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere amministrativo negli Scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, p. 463 ss.; P. PROVENZANO, *Art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e integrazione postuma della motivazione* (nota a TAR Umbria, sez. V, Perugia, 21 febbraio 2013, n. 105), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5-6, 2013, p. 1118 ss. Di recente, sull'obbligo di motivazione degli atti regolatori, si veda Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6153, per cui la motivazione degli atti regolatori deve farsi carico anche dell'adeguatezza dell'istruttoria.

(39) Sul tipo di regolazione qualificabile come condizionale si veda L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 58.

Si tende ad arricchire, pertanto, la mera logica di specialità contemplata dall'art. 14 delle disp. prel. c.c. a cui era stata ricondotta la dinamica di relazione fra disciplina generale e quelle speciali, sovente contenute nei regolamenti di auto-disciplina delle Autorità, sebbene con il vincolo esercitato dai principi generali contenuti nella legge sul procedimento⁴⁰. In tale settore le (apparenti) esclusioni previste dalla disciplina generale sul procedimento, agli artt. 3 e 13, appaiono ancor più inaccoglibili in quanto riferite ad assetti di interessi e a dinamiche di relazioni, come quelli caratterizzanti il diritto dell'economia, assai distanti dal paradigma tipico di esercizio del potere discrezionale⁴¹.

La funzione regolatoria presenta infatti, generalmente, una struttura almeno trilaterale e, in alcuni casi, multilaterale e la sequenza del suo esercizio assume spesso una dinamica non unidirezionale ma tendenzialmente circolare, dalle imprese e dagli utenti alle autorità di settore e ritorno. È inevitabile, pertanto, che i caratteri della funzione plasmino in misura significativa la relativa disciplina procedurale improntandola, necessariamente, all'instaurazione di un contraddittorio con i soggetti regolati, indipendente dalla tipologia di atto, singolare o a contenuto generale, con cui questa viene esercitata⁴².

Riguardo a tali assetti, la necessità prevalente appare quella che i destinatari delle misure regolatorie, da queste incisi nelle condizioni di esercizio della propria libertà economica, siano consultati e quindi partecipino, in qualche misura, alla definizione dei vincoli a questa imposti. La stessa partecipazione assolve, in tale funzione, ad un ruolo ulteriore e peculiare, in quanto il suo esercizio favorisce, in sé, il conseguimento stesso degli obiettivi comuni della regolazione. La peculiarità della partecipazione alla funzione regolatoria discende, su tale versante,

(40) In tal senso, in relazione alla disciplina della concorrenza, si veda A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, p. XIX, p. 222 e M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 467.

(41) Sull'irriducibilità della funzione regolatoria al paradigma tipico di esercizio del potere discrezionale, si v. G. NAPOLITANO, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 129.

(42) È l'interpretazione prospettata da S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 176.

dal fatto di svilupparsi in un contesto di razionalità limitata (*bounded rationality*)⁴³; in questo l'Autorità è priva di un'adeguata dotazione di informazioni e delle capacità previsionali necessarie per portare a compimento l'azione regolatoria. La reazione degli operatori allo schema di atto con l'attivarsi della partecipazione e l'apprendimento che di conseguenza si genera ed accresce nell'autorità, costituisce una condizione essenziale per produrre gli effetti stessi della regolazione⁴⁴.

Inoltre l'assenza di responsabilità e di soggezione delle Autorità indipendenti verso il Governo evoca la necessità di una sorta di supplenza, individuata in una loro legittimazione procedurale dal basso che assicuri comunque le garanzie del *due process*⁴⁵.

Su tale versante la giurisprudenza amministrativa richiede, in effetti, che anche l'obbligo di motivazione sia adempiuto in aderenza specifica alla natura degli atti di competenza dell'Autorità, che sono pur sempre atti di regolazione. Tali atti dovranno essere motivati nel senso di indicare i presupposti di fatto e di diritto della decisione e dotarsi di una giustifi-

(43) Il concetto di razionalità limitata è stato elaborato da H.A. SIMON, ideatore della moderna teoria dell'organizzazione, di cui si v. *Administrative Behavior*, New York, The Free Press, 1947, trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna, il Mulino, 1958.

(44) Sul ruolo determinante della partecipazione nella funzione regolatoria, si v. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, Relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri su «La regolazione dei servizi di interesse economico generale», Firenze, 6 novembre 2009, ora in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Quad. Cesifin, Nuova Serie – 44, Torino, Giappichelli, 2010.

(45) In tal senso si v. TAR Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710. Un rafforzamento peculiare di tali garanzie è riconducibile al giudice amministrativo, che vi aveva ravvisato un fattore irrinunciabile per compensare la carenza di legalità sostanziale che caratterizza l'esercizio dei poteri di regolazione da parte delle Autorità indipendenti e, quindi, accrescere la trasparenza e controllabilità delle loro decisioni. Si veda Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, su cui S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, p. 377. Nello stesso senso già Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2005, n. 2007 e, più di recente, Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Gior. dir. amm.*, 9, 2010, p. 947. Si veda anche Cons. Stato, sez. VI, sent. 2 maggio 2012, n. 2521 che giustifica la parziale dequotazione del principio di legalità sostanziale con l'esigenza di assicurare il perseguimento dei fini posti dal legislatore nel contesto della regolazione dei servizi di pubblica utilità; il tecnicismo del settore, infatti, impone di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare il contenuto delle regole tecniche all'evoluzione del sistema.

cazione sostanziale e complessiva, priva di una considerazione specifica degli argomenti addotti da ciascun operatore del mercato⁴⁶.

L'affidamento della disciplina procedurale a quanto contemplato dalle disposizioni di settore rischia tuttavia di tradursi, talora, in una preclusione della partecipazione. La legislazione di settore infatti, in alcuni casi, non definisce sempre compiutamente gli obblighi procedurali della funzione regolatoria. La previsione di tali obblighi è affidata, talora, ai regolamenti delle stesse Autorità. Tale scelta appare problematica sia per la loro instabilità, per la possibilità di una revoca da parte dell'Autorità, sia per il loro incerto rilievo in sede giudiziale, data la loro natura di autolimitate⁴⁷.

In una direzione virtuosa si pone pertanto la progressiva tendenza del legislatore, soprattutto nel settore delle comunicazioni elettroniche, grazie all'effetto conformativo esercitato dal diritto europeo⁴⁸, e in quello della regolamentazione e della vigilanza dei mercati finanziari⁴⁹, a superare la logica dell'affidamento esclusivo delle procedure alle fonti di autodisciplina da parte delle stesse Autorità e a disciplinare direttamente i procedimenti regolatori generali⁵⁰.

Alla categoria giuridica degli atti amministrativi a contenuto generale sono state ricondotte, dal giudice amministrativo⁵¹, anche le Linee guida dell'ANAC, introdotte nel *genus* degli atti di regolazione delle Autorità

(46) Si veda TAR Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9709.

(47) Proprio la natura di autolimitate della procedura rappresentata dal ricorso alla consultazione ha fatto ritenere dal giudice amministrativo che il difetto di partecipazione non produca un annullamento degli atti dell'Autorità (Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2005, n. 976).

(48) Un'analisi accurata di tale settore, sotto il profilo della disciplina sulla regolazione, si può trovare in S. MANNONI, *La regolazione delle comunicazioni elettroniche*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 282.

(49) Per un'accurata disamina del ruolo assunto dal diritto nella regolazione dei mercati finanziari si v. M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 442. Sugli oneri di motivazione degli atti regolatori di Banca d'Italia, Consob e Covit, si veda il titolo IV, Capo II, della l. n. 262 del 28 dicembre del 2005, «Disposizioni per la tutela del risparmio e per la disciplina del mercato finanziario».

(50) Per una disamina puntuale dei vincoli normativi alla disciplina procedurale della regolazione, cfr. M. COCCONI, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, cit., p. 183 ss.

(51) Si veda in tal senso il parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato.

poiché prive della capacità innovativa degli atti normativi. Il legislatore, tuttavia, in tal caso, ha definito nella disciplina contenuta nel codice degli appalti, in modo più preciso di quanto avviene per le altre Autorità indipendenti, le condizioni e i presupposti di esercizio del potere, lasciando all'ANAC il potere di sviluppare ed integrare il precetto primario secondo un dettaglio incompatibile con la qualificazione astratta propria degli atti normativi.

Quest'interpretazione ha indotto a ritenere applicabile anche alle Linee guida la disciplina procedurale tipica della funzione regolatoria, sebbene con alcuni distinguo.

Nella loro emanazione, pertanto, dovranno essere assicurate tutte le garanzie procedimentali e di qualità della regolazione richieste per le Autorità indipendenti, quali l'obbligo di sottoporre le delibere ad una preventiva fase di consultazione, anche al fine di offrire elementi motivazionali e istruttori utili alla definizione finale dell'atto di regolazione. Anche questa consultazione, che costituisce una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati, imprese e cittadini, realizza, sul piano procedimentale, una forma di compensazione dell'assenza di legittimazione democratica dell'Autorità.

L'assicurazione di democraticità al procedimento di produzione delle Linee guida è in effetti affidata, più che alla rappresentatività del soggetto emanante, alla legittimazione offerta dalla consultazione al metodo di produzione degli atti⁵². Alla consultazione dovrà essere affiancata un'attenta analisi di impatto della regolazione nel rispetto degli *standard* che definiscono le sue modalità di svolgimento, con una valutazione specifica delle osservazioni fatte pervenire dagli interessati. Anch'essa assume una valenza compensativa dell'assenza di legittimazione democratica dell'Autorità.

Allo stesso modo, sempre riguardo alla regolazione delle attività economiche, si richiede talora una disciplina procedurale della pianificazione urbanistica più simile a quella del provvedimento singolare che a quella degli atti a contenuto generale. Si pretende ad esempio, da parte del

(52) Si veda, in tal senso, S. LUCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'Anac nel nuovo codice degli appalti*, in *federalismi.it*, 10 agosto 2016.

giudice amministrativo, una motivazione specifica, qualora un piano disponga restrizioni all'insediamento di attività economiche con effetto espulsivo di quelle già insediate e lo si sottopone, di conseguenza, ad un sindacato più stringente di quello permesso in passato.

Così è stata ritenuta illegittima, per un'evidente violazione del principio di proporzionalità e di legittimo affidamento, oltre che per difetto di motivazione, la riclassificazione dell'area di un'impresa che penalizzava in modo non proporzionato, e senza previo contraddittorio, una realtà imprenditoriale insediata in quel territorio da molti anni con un conseguente obbligo di dismissione⁵³.

Nella concreta fattispecie era mancata, infatti, l'individuazione degli interessi pubblici considerati preminenti rispetto alla preservazione di un insediamento industriale attivo da decenni. L'irragionevolezza della previsione espulsiva, inoltre, veniva accentuata dal fatto che il Piano contemplava una massiccia espansione abitativa, con l'individuazione di vari ambiti di trasformazione residenziale e l'aumento rilevante della popolazione in un territorio già caratterizzato da un'elevata densità.

4. La disciplina procedurale della regolazione ambientale

La stessa logica impronta, generalmente, il settore del diritto dell'ambiente, laddove l'intensificazione delle garanzie procedurali è dovuta al carattere complesso ed incerto delle dinamiche regolate dai relativi procedimenti generali, tipici della società cd. del «rischio»⁵⁴ e al conseguente intento di rendere la società civile corresponsabile delle scelte compiute attraverso di questi, al fine di rafforzarne la legittimazione.

In tale settore la partecipazione si esprime spesso nella forma della democrazia deliberativa ovvero attraverso processi di discussione e di dialogo improntati ai principi dell'inclusione e del confronto, all'insegna dello scambio di argomentazioni⁵⁵. Com'è noto, tale forma configura un

(53) Si v. in tal caso TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 15 marzo 2017, n. 374.

(54) Si v. U. BECK, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, Torino, Carocci, 2013.

(55) L'espressione fu utilizzata per la prima volta da J. BESSETTE, *Deliberative democracy. The majority principle in republican government*, in R.A. GOLDWIN, W.A. SCHAMBRA (a cura di), *How democratic is the Constitution?*, Washington American Enterprise Institute, 1980. Sul concetto di democrazia deliberativa e i suoi confini con altri concetti analoghi, come quello di democrazia

salto qualitativo rispetto a quella rappresentativa e partecipativa, favorendo non solo la condivisione del processo decisionale ma, altresì, l'introduzione di meccanismi in grado di favorire la formazione di valutazioni il più possibile consapevoli e informate.

Grazie all'attivazione di tale forma di partecipazione, in effetti, le decisioni finali assunte risulterebbero improntate ad una maggiore «razionalità ecologica»⁵⁶ in quanto più adeguate ad applicarsi alla complessità e all'incertezza tipiche dei procedimenti ambientali e ai processi sociali che si attivano attorno a questi. L'incertezza sotto il profilo tecnico-scientifico che caratterizza il processo di assunzione di queste decisioni e l'asimmetria informativa che sussiste, spesso, fra il regolatore e i destinatari delle scelte richiede infatti che la partecipazione sia sostenuta il più possibile da argomenti informati e consapevoli.

Si tratta, pertanto, di garanzie in cui appare assai attenuata la logica difensiva mentre risultano esaltate altre funzioni, principalmente quella di supporto e di orientamento all'autorità decidente nell'assunzione della decisione amministrativa e quella di una sua maggiore legittimazione rispetto a chi ne subisce l'impatto⁵⁷.

Fra i modelli utilizzati cui si fa ricorso nel settore ambientale, per l'esplorazione della partecipazione, uno dei più interessanti è quello del *débat public*, previsto nell'ordinamento francese come strumento di confronto e ascolto fra i cittadini e l'amministrazione, come espressione della *démocratie de proximité*⁵⁸ ed esportato nel nostro ordinamento nazionale.

partecipativa, si veda L. BOBBIO, *Dilemmi della democrazia partecipativa*, in *Dem. Dir.*, 2006, p. 14 ss.; si veda anche ID., *Tipi di deliberazione*, in *Riv. it. di Scienza pol.*, 3, 2007, pp. 359-383.

(56) In tale prospettiva si vedano le riflessioni di J.S. DRYZEC, *Rational Ecology: Environment and Political Economy*, Oxford, Blackwell, 1987.

(57) Gli stessi tratti che caratterizzano, di regola, la partecipazione in tale settore, ossia la sua collocazione anticipata nell'*iter* procedimentale, la sollecitazione al pubblico ad intervenire da parte dell'Autorità, attraverso la sottoposizione a questo della proposta di piano o di programma, la libertà di accesso alle informazioni ambientali, l'estesa legittimazione all'intervento e l'obbligo di recepire le risultanze dell'istruttoria nella motivazione, sono diritti, principalmente, ad assolvere a tali funzioni.

(58) Sui limiti e le potenzialità di tale modello si veda A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 1173. Sulla nozione di conflitti di prossimità nella scienza giuridica francese, si veda G. SÉNÉGAL, *Conflicts de proximité et coopération, une géographie des acteurs et des interactions sociales*, in *Cahier du géo-*

Tale modello è stato introdotto con l'intento di superare i limiti sperimentati nel funzionamento dell'*enquête public*, concepita originariamente quale strumento più istruttorio che partecipativo, fondato sulla condivisione, tra autorità e cittadini, di una serie di informazioni rilevanti sull'istruttoria da realizzare e sulla successiva possibilità dei privati di presentare *observations et propositions*. L'intensità della partecipazione risultava accresciuta, all'interno del modello, dall'obbligo dell'autorità di considerare le osservazioni e le proposte del pubblico al momento dell'assunzione della decisione, con la possibilità di discostarsene esponendo le ragioni della sua scelta.

Nello stesso strumento erano insiti due vizi genetici, anche dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina del 2010 che gli ha riconosciuto una portata partecipativa. Si tratta di un modello che si esprime unicamente attraverso la raccolta di documentazione e che viene situato in una fase dell'iter decisionale molto avanzata, successiva al momento di programmazione e localizzazione dell'opera. Il *débat* che, pur avendo un ambito di applicazione più limitato dell'inchiesta, possiede una rilevanza sistemica maggiore, si colloca in effetti in una fase procedimentale molto antecedente rispetto alla localizzazione puntuale, quando tutte le opzioni progettuali sono ancora percorribili. Lo svolgimento della procedura è affidata al coordinamento di una specifica autorità indipendente – *la Commission national du débat public* – cui è affidato il compito di vigilare sul rispetto delle regole sulla partecipazione nei processi di elaborazione dei progetti infrastrutturali.

Tale modello non si configura quale sede in senso vero e proprio della decisione, di esclusiva competenza dell'autorità decidente pubblica, ma si caratterizza quale momento dialogico di un più ampio processo di definizione della scelta finale, articolata su un triplice livello. Anzitutto l'informazione del pubblico attraverso la diffusione della documentazione relativa al progetto; poi la partecipazione delle collettività interessate al processo di definizione delle scelte più rilevanti; infine la colla-

graphie, 2005, p. 138 e P. MELE, *Conflicts de proximité et dynamiques urbaines*, Rennes, Presse Universitaires de Rennes, 2013, p. 8 ss. Più in generale, sul tema, si veda S. CASSESE, *La partecipazione al procedimento amministrativo in Italia e fuori dell'Italia, ovvero la democrazia amministrativa*, in *Annuario DRSAD*, a cura di R. BALDUZZI, Milano, Giuffrè, 2011, p. 212 ss.

borazione con il lavoro del *maître d'ouvrage* e l'amministrazione competente nelle forme ritenute più idonee dalla Commissione.

I documenti prodotti dalla Commissione (un *compte rendu* e un *bilan*) non si esprimono tanto sull'opportunità di realizzare l'infrastruttura né sui contenuti del progetto, ma si limitano a riportare gli esiti della procedura che non assumono alcun effetto vincolante per il *maître d'ouvrage*. Dopo tre mesi dalla pubblicazione degli esiti, il responsabile del progetto dovrà chiarire riguardo ad un'eventuale rinuncia al progetto, sulla volontà di rivederlo o sulla sua intenzione di confermarlo, motivando la decisione.

L'analisi della concreta esplicazione della procedura fa quindi emergere l'assunzione di una sua valenza essenzialmente informativa, non in grado di trasformare le preferenze o il consenso dei partecipanti né di condurre le diverse istituzioni nella direzione di una realizzazione condivisa dell'infrastruttura.

Determinante risulta inoltre l'influenza esercitata, sulla disciplina procedurale in materia, dalla direttiva 2003/35/CE che, all'art. 3, lett. c), prevede che, nell'adozione delle decisioni finali nei procedimenti di pianificazione e programmazione, si tenga «debitamente conto delle risultanze della partecipazione del pubblico». Rilevante sulla conformazione del modello partecipativo in materia ambientale è anche la direttiva 2011/92/UE, relativa alla valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati e la direttiva 2014/52/UE che l'ha modificata.

L'obbligo di incorporare nella decisione, nel settore ambientale, le «*reasons and considerations on which it is based*» è inoltre imposta dalla Convenzione di Aarhus (1998), che all'art. 6, comma 8, individua altresì, fra le tipologie di procedure cui si applica il principio partecipativo i «*plans, programmes and policies relating to the environment*»⁵⁹. Tale Convenzione, peraltro, è oggi parte integrante del nostro diritto interno, in ossequio all'art. 117, comma 1, della Costituzione, in base al quale Stato e Regioni esercitano la potestà legislativa, nel rispetto, oltre che

(59) Aperta alla sottoscrizione ad Aarhus, il 25 giugno 1998, questa è stata ratificata dal nostro Paese con la l. 16 marzo 2001, n. 108.

del diritto europeo, dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, ivi comprese, quindi, le convenzioni stipulate a livello internazionale.

Le discipline europee e globali conformano il paradigma della partecipazione, nel settore ambientale, secondo alcuni tratti comuni.

La collocazione anticipata della partecipazione nell'*iter* procedimentale, la sollecitazione del pubblico ad intervenire da parte dell'Autorità, attraverso la sottoposizione a questo della proposta di piano o programma, la libertà di accesso alle informazioni ambientali, l'estesa legittimazione all'intervento e l'obbligo di recepirne le risultanze nella motivazione costituiscono infatti, a livello europeo e globale, i caratteri ricorrenti della partecipazione ai procedimenti generali con un impatto sull'ambiente.

5. La rilevanza, sotto il profilo procedurale, del contenuto delle singole prescrizioni

È necessario aggiungere, inoltre, che la valenza esplicativa, a fini concettuali, della categoria giuridica degli atti amministrativi generali non permette sempre conclusioni certe e univoche riguardo alla sua disciplina procedurale. L'attenzione va portata piuttosto, talora, sulle specifiche prescrizioni contenute in un determinato atto e la portata che la qualificazione del suo contenuto ha sulla regola procedurale applicabile al caso concreto⁶⁰.

La singola prescrizione, oggetto di contestazione da parte del ricorrente per cui ha un effetto lesivo, può essere interpretata, in effetti, come individuale o generale, pur essendo contenuta in un atto che, per i suoi effetti plurisoggettivi, dovrebbe essere considerato, nel suo complesso, come un atto amministrativo generale.

In realtà non sempre gli atti amministrativi generali sono caratterizzati dalla presenza di prescrizioni tutte destinate a produrre effetti per una pluralità indeterminata di soggetti. Talora è possibile, in effetti, scorporare, dalla massa indistinta degli individui a cui l'atto generale si rivolge, soggetti maggiormente qualificati in quanto destinatari finali dei precetti ivi contenuti.

(60) In tal senso si v. B. TONOLETTI, M. RAMAJOLI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 53 ss.

Il problema della disciplina procedurale più idonea si pone pertanto, talora, al momento della concreta operatività dell'atto, ossia quando la qualificazione delle sue specifiche prescrizioni è rilevante per stabilire quale disciplina processuale risulti più idonea a soddisfare le pretese del ricorrente. La questione più rilevante che tende a porsi, nel definire il regime processuale più adeguato, è quello della tensione sussistente fra l'istanza di tutela immediata del singolo, rispetto al pregiudizio arrecato da prescrizioni di natura singolare, e la necessità di assicurare, nel tempo, la stabilità dell'assetto instaurato dal piano imponendone un'impugnazione solo unitamente all'atto applicativo⁶¹.

In tema di disposizioni dirette a regolare l'uso del territorio negli aspetti urbanistici ed edilizi, contenute nel piano regolatore, nei piani attuativi e in altro strumento generale individuato dalla disciplina statale e regionale, la distinzione corrisponde a quella fra prescrizioni che stabiliscono in via immediata le potenzialità edificatorie di un territorio e quelle che disciplinano, più in dettaglio, l'esercizio dell'attività pianificatoria, in genere contenute nelle norme tecniche di attuazione del Piano o nel regolamento edilizio⁶².

Per le prime si impone un onere di immediata impugnazione, nel termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione dello strumento pianificatorio; le prescrizioni di dettaglio, viceversa, sono suscettibili di ripetuta applicazione ed esplicano effetto lesivo nel momento di adozione dell'atto applicativo, unitamente al quale debbono essere impuginate.

Alcune disposizioni disciplinano compiutamente l'attività di destinatari chiaramente determinati, dettando prescrizioni immediatamente applicabili ed in grado, pertanto, di ledere in modo diretto le posizioni di terzi. In tal caso la natura prescrittiva dell'atto, formalmente asseribile sul piano più generale, dovrà essere esclusa nel concreto, posto che la sin-

(61) Circa il fatto che l'impugnazione immediata dei regolamenti rappresenti comunque l'eccezione e non la regola, si v. TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 9 febbraio 2015, n. 387 per il quale le norme regolamentari sono immediatamente impugnabili solo se munite di immediata capacità lesiva. Tale circostanza deve essere accertata, tenuto conto del contenuto della norma regolamentare, nonché dell'entità delle conseguenze prodotte sotto la sua vigenza.

(62) Si v. ad esempio Cons. Stato, VI, 5 agosto 2005, n. 4159; Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 2018, n. 332; TAR Toscana, Firenze, sez. III, 20 novembre 2017, n. 1419; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 6 ottobre 2016, n. 326.

gola prescrizione presenta un contenuto essenzialmente provvedimento, per il fatto che essa incide direttamente e unilateralmente sulla sfera giuridica di uno o più soggetti determinati⁶³.

Ne discende la necessità di rispettare il regime procedimentale e processuale correlato allo specifico contenuto che l'atto assume nel concreto, non all'astratta qualificazione della sua natura giuridica. Tali considerazioni, riferite ai regolamenti, sono state estese dalla giurisprudenza sia alle circolari normative sia agli atti amministrativi generali⁶⁴.

La stessa Adunanza plenaria, riguardo all'impugnazione dei bandi di concorso, ha asserito che questi ultimi, «se contenenti clausole immediatamente lesive dell'interesse degli aspiranti al concorso (perché impongono determinati requisiti di partecipazione) devono essere immediatamente ed autonomamente impugnati, con conseguente inammissibilità sia dell'impugnazione diretta solo contro il provvedimento di esclusione del concorso, costituente atto di mera esecuzione ed applicazione del bando, sia dell'impugnazione contestuale del bando stesso e dell'esclusione, ove siano decorsi i termini per il ricorso contro il bando medesimo»⁶⁵.

Così ad esempio è avvenuto, di recente, per il piano di dimensionamento scolastico in cui sono stati ritenuti sufficientemente determinati i rappresentanti degli istituti destinatari e coinvolti da un'eventuale soppressione.

In tal caso, di conseguenza, non è stata ritenuta applicabile, dal giudice amministrativo⁶⁶, la disposizione contenuta nell'art. 13 della l. n. 241 del 1990 laddove esclude l'applicabilità delle norme sulla partecipazione ma piuttosto il rinvio, in questa contenuto, alle particolari norme che regolano la formazione degli atti di pianificazione. Nel caso in questione, in effetti, la disciplina imponeva il coinvolgimento degli istituti interes-

(63) Si v. Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 948 e 17 aprile 2002, n. 2032.

(64) Si v. Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2002, n. 4677; 10 aprile 2002, n. 1925; Trib. Sup. Acque, 4 novembre 2010, n. 150.

(65) Si v. Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 1998, n. 10. Nella stessa direzione, si veda Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2011, n. 2892.

(66) Si v. TAR Liguria, sez. II, 28 agosto 2009, n. 2289, riformata con declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado dal Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2015, n. 994.

sati alla soppressione dato l'impatto che le determinazioni pianificatorie potevano avere sull'istituzione e sul funzionamento di singoli istituti. Analogamente un obbligo di motivazione più incisivo è richiesto per atti, pur a contenuto generale, ma immediatamente lesivi, per alcune specifiche disposizioni, di posizioni giuridiche soggettive, come nel caso di annullamento giurisdizionale di dinieghi del titolo edilizio o di silenzio rifiuto su domanda di rilascio del permesso di costruire. Lo stesso avviene laddove il piano urbanistico preveda un sovradimensionamento di aree destinate a ricevere attrezzature pubbliche o di interesse generale con una quantificazione superiore rispetto ai parametri definiti dalla normativa⁶⁷.

6. L'ancoraggio a interessi pubblici estrinseci rispetto alla qualificazione giuridica astratta dell'atto

In altre fattispecie ancora, le circostanze che inducono ad adottare la più stringente disciplina procedurale del provvedimento singolare, invece che quella dell'atto amministrativo a contenuto generale, sono elementi estrinseci al contenuto concreto dell'atto; si pensi all'affidamento qualificato dei destinatari delle misure in esso contenute o alla sussistenza di interessi pubblici rilevanti che vincolano ad un determinato regime procedimentale per soddisfare esigenze di natura politica.

In tali fattispecie la disciplina procedurale non consegue direttamente né al contenuto né alla qualificazione astratta dell'atto ma è funzionale a soddisfare o valori rilevanti dell'ordinamento o obiettivi più generali di una specifica politica pubblica.

In questa prospettiva, la presenza di un affidamento qualificato dei destinatari di specifiche misure, pur contenute in atti amministrativi aventi contenuto generale, esige, per il giudice amministrativo, un preventivo confronto con gli operatori accreditati, volto ad illustrare le ragioni della loro adozione, nonché una motivazione approfondita quanto maggiore è la loro distanza rispetto alle previsioni attese⁶⁸.

(67) Si v. Cons. Stato, Ad. plen., 22 dicembre 1999, n. 24; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 30 settembre 2016, n. 1766.

(68) Si v. Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2012, n. 3.

Il rispetto di tali obblighi procedurali è stato ad esempio richiesto, dai giudici di Palazzo Spada, riguardo alla questione della regressione finanziaria, ossia a meccanismi di riequilibrio che intervengano a consuntivo rispetto a tetti di spesa sanitaria inizialmente fissati dalla Regione in sede di programmazione sanitaria e suscettibili di incidere *ex post* sui diritti originati dalla prestazione sanitaria. Tale specifica disciplina procedurale dovrebbe essere rispettata sebbene l'effetto di regressione sia stato ritenuto, dalla Consulta, «espressione del potere autoritativo di fissazione dei tetti di spesa e di controllo pubblicistico di questa in funzione di tutela della finanza pubblica affidato alle regioni»⁶⁹.

La regressione, purché sorretta da criteri di ragionevolezza ed equità, avrebbe lo scopo di contenere la remunerazione complessiva delle prestazioni nei limiti fissati, persistendo l'esigenza di contenimento della spesa pubblica sanitaria nei tetti fissati dalle delibere regionali di programmazione. L'autonomia dei vari organi e soggetti operanti nel settore, infatti, non può che essere correlata alle disponibilità finanziarie, a prescindere dalla limitatezza delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale.

Tuttavia i giudici di Palazzo Spada hanno comunque convenuto che l'attivazione di una fase di confronto, quantunque non imposta da specifica disposizione legislativa, fosse comunque necessaria per evitare di ledere in modo immotivato la tutela dell'affidamento risposto dagli operatori del settore in una quantificazione dei rimborsi da percepire. Quest'affidamento qualificato, tale da richiedere la disciplina procedurale applicabile al provvedimento singolare, ossia una motivazione specifica, non sarebbe tuttavia ravvisabile, per il Consiglio di Stato, nel caso di interesse «correlato ad una precedente previsione urbanistica che consenta un utilizzo dell'area in modo più proficuo rispetto a quelle che si possono evincere dai criteri di ordine tecnico-urbanistico».

In tal caso, in effetti, si tratterebbe di un'aspettativa generica alla non *reformatio in peius* delle destinazioni di zone edificabili e non di un affidamento qualificato, cedevole dinnanzi alla discrezionalità del potere

(69) Si v. Corte cost., 28 luglio 1995, n. 416.

pubblico di pianificazione urbanistica⁷⁰ per il cui esercizio si applicherebbe, dunque, il principio della non necessità di una motivazione ulteriore.

La stessa asimmetria concettuale fra qualificazione giuridica dell'atto a contenuto generale e suo relativo regime procedimentale emerge, altresì, nella giurisprudenza amministrativa sulle prescrizioni localizzative comunali delle antenne di telefonia mobile. Il giudice amministrativo, infatti, ne ha enfatizzato i caratteri di generalità e astrattezza e le ha ricondotte, tuttavia, al regime procedurale del provvedimento singolare e concreto, assoggettando all'obbligo di motivazione l'atto di diniego del Comune all'installazione degli impianti⁷¹.

Peraltro la natura essenzialmente regolamentare delle disposizioni è attestata dall'art. 8, comma 6, della l. n. 36 del 2001, che qualifica come «regolamento» l'atto giuridico per l'esercizio della potestà riconosciuta ai Comuni di assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti. L'esercizio di tale potere, nel contempo, nel definire i criteri di localizzazione e le regole di indirizzo per l'insediamento degli impianti, non può ragionevolmente spingersi, per i giudici costituzionali, fino a decretare l'impossibilità di realizzare una rete completa di infrastrutture per la telecomunicazione sotto la veste di misure di tutela della salute della popolazione dalle immissioni radiotelefoniche, riservate allo Stato⁷².

In tale logica l'introduzione di limiti urbanistici alla localizzazione di antenne di telefonia mobile «trova giustificazione solo se ... sia sorretta da una sufficiente motivazione sulla base delle risultanze acquisite attraverso un'istruttoria idonea a dimostrare la ragionevolezza della misura e la sua idoneità rispetto al fine perseguito». La disarmonia ravvisabile fra contenuto delle singole prescrizioni e disciplina procedurale applicabile è dovuta al fatto che a guidare l'orientamento del giudice amministrativo è stata più un'esigenza di politica del diritto che una di stretta coerenza concettuale.

(70) Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 19 maggio 2017, n. 1154.

(71) In tal senso si veda Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3888.

(72) Si v. per tale interpretazione Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307; 7 novembre 2003, n. 331.

Si intendeva infatti tutelare l'interesse economico generale, alla base della disciplina europea, rappresentato dalla necessità di assicurare il funzionamento adeguato della rete di telefonia mobile. Tale funzionamento appariva maggiormente garantito da una contiguità delle singole stazioni tale da compensare la debolezza del segnale di antenna. L'imposizione di un'adeguata motivazione alle scelte di localizzazione delle antenne di telefonia era dunque diretta ad evitare che tali decisioni fossero improntate ad una logica arbitraria e giustificate da finalità di tutela riservate allo Stato e non all'Ente locale.

La stessa asimmetria fra qualificazione giuridica dell'atto e suo regime procedurale si riscontra, in tal caso al contrario, nella vicenda della pianificazione delle attività estrattive nella Regione Lombardia. Tale programmazione era affidata, dalla l. n. 14 del 1998, a Piani provinciali, predisposti dalle Provincie ed esaminati dalla Giunta che vi apportava «ove necessario, anche sulla base dei pareri e delle osservazioni pervenute, integrazioni e modifiche», per trasmetterli poi al Consiglio regionale per l'approvazione.

Il profilo maggiormente controverso era appunto quello dell'obbligo o meno, da parte del Consiglio, in sede di approvazione del piano cave, di motivare le scelte riguardanti le singole aree rispetto al quale il TAR aveva accolto il ricorso per grave carenza motivazionale e difetto di istruttoria⁷³.

I giudici di Palazzo Spada, fondando la propria pronuncia sull'«interdipendenza reciproca delle previsioni interessanti le singole aree»⁷⁴ e il coinvolgimento di un elevato numero di destinatari avevano contestato la necessità di una specifica motivazione sulle scelte riguardanti le singole aree, evocando la propria giurisprudenza in materia di atti amministrativi a contenuto generale⁷⁵.

(73) Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, n. 5016 del 2009, concernente l'approvazione del nuovo Piano Cave della Provincia di Varese.

(74) In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 8640; Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2012, n. 4569.

(75) Cons. Stato, sez. VI, n. 4569/2012; Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 711; Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 2010, n. 8640.

In tale contesto, tuttavia, il richiamo alle caratteristiche di unitarietà e di inscindibilità del piano, evocate dal Consiglio di Stato per respingere la pretesa, accolta dal TAR, ad una motivazione specifica delle singole scelte non riusciva del tutto convincente; queste investivano, in effetti, ambiti territoriali circoscritti e singole unità di cava e assumevano, più ragionevolmente, le sembianze e la natura giuridica del provvedimento singolare e concreto.

In tal caso, dunque, il giudice amministrativo, a differenza che nelle vicende precedenti, faceva prevalere la disciplina procedurale della categoria giuridica più generale senza tener conto, nello specifico, del contenuto delle singole prescrizioni, di carattere indubbiamente singolare. Lo stesso elemento della generalità, inoltre, veniva riconosciuto non tanto nella plurisoggettività dei destinatari dell'atto quanto in un elemento oggettivo, ossia il contesto normativo generativo di un'interdipendenza delle singole scelte e di una loro necessaria coerenza con il piano nella sua interezza.

7. Alcune conclusioni

Posto che tutto l'impianto della legge generale sul procedimento appare declinato nell'offrire, anche in tema di garanzie procedimentali, una disciplina procedurale del provvedimento singolare, il significato degli artt. 3, 13 e 24 della l. n. 241 del 1990 s.m., non sembra affatto indicare una loro preclusione nell'attività amministrativa generale quanto il rinvio alle discipline speciali proprie di ciascuna funzione.

In tali discipline, relative alla regolazione condizionale dell'attività economica e alla regolazione ambientale, il riconoscimento a tali garanzie di funzioni ulteriori e differenti rispetto a quelle insite in una valenza essenzialmente difensiva della partecipazione e della motivazione e il vincolo alla loro attivazione, ravvisabile nel diritto europeo, ne impone non solo la presenza ma ne conforma, altresì, modelli e contenuti.

È evidente, infatti, che l'assenza di una valenza improntata, essenzialmente e unicamente, a quella del contraddittorio e dell'aggiudicazione impedisce che il regime processuale condizioni e conformi la disciplina procedurale delle garanzie partecipative e il correlato obbligo di motivazione. La loro sussistenza e ragion d'essere non appare infatti condi-

zionata dalla presenza dell'interesse ad agire e, sul piano più sostanziale, da quella dell'interesse legittimo.

I modelli partecipativi delineati dalle discipline speciali rispondono, nelle funzioni pubbliche più frequenti e rilevanti, all'esigenza di arricchire l'istruttoria procedimentale attraverso apporti cognitivi e documentali e a legittimare maggiormente la scelta infine assunta dall'autorità decidente. Il relativo obbligo di motivazione appare calibrato, di conseguenza, nel rafforzare l'influenza delle garanzie partecipative sulla scelta infine assunta dall'autorità decidente.

Una logica ancor più specifica impronta le garanzie procedimentali nella funzione regolatoria che pare discostarsi, altresì, sia dal paradigma classico dell'attività amministrativa generale sia da quello del potere discrezionale, e avvicinarsi a quello dell'attività normativa per la presenza di prescrizioni con valenza innovativa.

In tal caso la consultazione dei destinatari delle misure regolatorie sullo schema di atto assolve ad una maggiore legittimazione dei vincoli impressi all'esercizio della libertà economica attraverso la sua emanazione. Il suo esercizio, in un contesto di razionalità e di conoscenza limitata, qual è, di regola, quello del regolatore, favorisce il conseguimento stesso degli obiettivi e degli effetti della regolazione, attraverso il perfezionamento e l'arricchimento dell'atto regolatorio finale.

Inoltre l'esplicarsi delle garanzie procedurali svolge un ruolo di compensazione dell'assenza di una legittimazione democratica delle Autorità di regolazione e supplisce, dal basso, alle garanzie di legalità sostanziale che dovrebbero presiedere all'esplicarsi di poteri prescrittivi.

La qualificazione giuridica degli atti amministrativi a contenuto generale non si rivela infine, attraverso l'elemento della plurisoggettività dei destinatari e, quindi, dell'assenza di una lesione immediata di posizioni soggettive, una condizione sufficiente e univoca dalla quale far discendere una specifica disciplina procedurale, differente da quella del provvedimento singolare.

In uno stesso atto generale, infatti, possono essere compresenti, com'è stato evidenziato, sia prescrizioni astratte, sia singolari e concrete che reclamano inevitabilmente garanzie partecipative e motivazionali a valenza difensiva, a fronte di una immediata lesione di posizioni soggettive e della conseguente emersione dell'interesse ad agire. In tal caso,

infatti, quanto più le prescrizioni si avvicinano alla sfera del concreto provvedere, tanto più deve prevalere la logica della disciplina procedurale applicabile al provvedimento singolare e concreto.

Ne discende la necessità di rispettare il regime procedurale coerente con il contenuto che l'atto assume nel concreto, non con la sua astratta qualificazione generale.

In fattispecie ulteriori, la stretta simmetria fra disciplina procedurale e qualificazione generale dell'atto è preclusa dalla sussistenza di interessi pubblici rilevanti che inducono, di volta in volta, ad un'istruttoria più o meno approfondita in seno all'attività a contenuto generale. Tale orientamento discende, rispettivamente, o dalla necessità di tutelare specifici valori dell'ordinamento, come un affidamento qualificato dei destinatari dell'atto, o per giustificare, in via eccezionale, limiti al perseguimento di un obiettivo di una politica europea, come quella concretizzantesi nella realizzazione di una rete completa di infrastrutture di telefonia mobile. Infine l'esclusione di tali garanzie viene fatta discendere, talora, dalla necessità di preservare la compattezza oggettiva o la stabilità di un determinato assetto pianificatorio rispetto ad una sua frammentazione nelle scelte relative alle singole aree.

Da convitate di pietra nella disciplina generale sul procedimento, le garanzie procedurali dell'attività amministrativa generale hanno viceversa ricevuto, grazie alla loro previsione da parte delle discipline speciali, un'inaspettata rivitalizzazione anche attraverso un arricchimento delle loro finalità e dei rispettivi modelli di funzionamento, discendenti dal diritto europeo. Tale rafforzamento è conseguito, nelle discipline speciali analizzate, non tanto dalla necessità di offrire una tutela a specifiche posizioni soggettive, quanto dall'esigenza di legittimare, attraverso la consultazione preventiva e l'acquisizione del consenso, scelte di rilevante impatto su diritti fondamentali dell'ordinamento, come quello dell'ambiente o della libertà economica.

La valenza difensiva di tali garanzie riaffiora tuttavia, anche in seno all'attività amministrativa generale, qualora la necessità di assicurare una tutela diretta ed immediata al singolo, rispetto ad una prescrizione direttamente applicabile, sia ritenuta prevalente rispetto a quella di preservare la solidità di un determinato assetto pianificatorio.

La stessa si manifesta, infine, qualora la tutela di un valore qualificato dell'ordinamento, come quello dell'affidamento, esiga un preventivo confronto con i soggetti destinatari di un potere programmatario, quale, ad esempio, quello di fissazione in via autoritativa dei tetti di spesa sanitaria, per evitare un pregiudizio immotivato di aspettative qualificate dell'ordinamento.

Allo stesso modo, infine, la necessità di rispettare un'istruttoria più approfondita si palesa qualora debbano giustificarsi limiti specifici al conseguimento di una politica europea ritenuta di particolare rilievo, quale ad esempio quella diretta ad assicurare il funzionamento adeguato delle reti di telefonia mobile. Anche in tali ultimi casi, la partecipazione e la motivazione assolvono a funzioni differenti da quelle correlate al contraddittorio e all'aggiudicazione, e rispondono piuttosto alla funzione di giustificare, con un'istruttoria più approfondita, l'introduzione di deroghe al compiuto conseguimento di una politica europea.

I centri storici quali critici punti d'incontro degli interessi culturali e commerciali

Luca Di Giovanni

Il presente lavoro tratta il tema dei centri storici quali critici punti d'incontro degli interessi culturali e commerciali. È necessario, infatti, prendere atto che il problema che sta segnando il centro storico è eterogeneo rispetto a quelli passati, incentrati prevalentemente sull'individuazione degli strumenti pianificatori in grado di regolare le condizioni urbanistiche ed igieniche delle città. Oggi, invece, è inevitabile confrontarsi con le dinamiche economico-finanziarie sviluppatesi in tali aree territoriali, con particolare riferimento al turismo, alla produzione artigianale e al commercio, nel rapporto che queste attività hanno instaurato con la gestione del patrimonio culturale. Partendo da questa idea di fondo, il lavoro esamina alcune delle criticità emergenti nell'attività di salvaguardia del valore culturale, che derivano principalmente dalla sovrabbondanza delle discipline normative vigenti e da un sistema di competenze disorganico, soffermando l'attenzione, in particolare, sul problema della incerta qualificazione del centro storico, sulla effettiva complementarietà dei ruoli assunti dagli enti territoriali nella cura del suddetto interesse ed, infine, sull'applicazione del principio di proporzionalità alle misure restrittive della libera iniziativa economica privata.

1. Premessa

Il centro storico rappresenta un'area territoriale di particolare rilevanza in relazione alla compresenza di numerosi interessi pubblici la cui attuazione è resa difficile dalla sovrapposizione delle rispettive discipline normative.

La difficile composizione di tali interessi origina dalla stessa Costituzione, le cui disposizioni intendono perseguire finalità difficilmente compatibili. Basti pensare alla promozione della cultura, alla tutela del paesaggio, alla garanzia della libertà di iniziativa economica, allo sviluppo del commercio e del turismo ed, infine, all'attuazione delle misure di governo del territorio per comprendere la sussistenza di profili costitu-

zionali confliggenti, che necessitano di un equo bilanciamento quantitativo per assicurare l'attuazione di una parte soltanto dei loro contenuti¹.

A ciò si aggiunga il dato non meno rilevante per cui, allo stato attuale, le discipline normative nazionali e sovranazionali che contemplano il centro storico forniscono definizioni eterogenee di tale area ed impediscono conseguentemente una corretta interpretazione: alcune, invero, si soffermano sull'aspetto materiale che lo connota; altre, all'opposto, valorizzano l'elemento immateriale, facendo rientrare all'interno della sua nozione valori che, diversamente, ne sarebbero rimasti esclusi. Ogni centro storico italiano si ritrova in questa situazione problematica, la quale, peraltro, in alcuni territori è accompagnata anche da anomalie specifiche di carattere organizzativo². Tali criticità impongono riflessioni più mirate sull'individuazione degli esatti contorni delle discipline normative applicabili e sulla gestione della concorrenza di competenze sussistente nelle attività di tutela e valorizzazione dell'interesse culturale, nell'ottica di una piena e leale collaborazione tra enti territoriali e di un giusto equilibrio tra i principi della libera concorrenza e della proporzionalità delle misure amministrative adottate per garantire restrizioni alle attività commerciali.

(1) Il problema delle finalità difficilmente compatibili si rinviene, ad esempio, con riguardo agli artt. 9, 41 e 117 della Costituzione. Sul tema, già alcuni cenni significativi li aveva formulati F. BENVENUTI, *Introduzione*, in G. CAIA, G. GHETTI (a cura di), *La tutela dei centri storici. Discipline giuridiche*, Torino, Giappichelli editore, 1997, p. 1 ss.

(2) Si fa riferimento, in particolare, al centro storico di Firenze. Al riguardo, infatti, con la sentenza n. 1592 del 20 dicembre 2017 il TAR Toscana, sez. II, ha preso posizione sulle delibere di Giunta regionale 27 marzo 2017, n. 308 e di Giunta comunale 29 marzo 2017 n. 2017/G/00110, che approvavano l'intesa stipulata tra Regione Toscana e Comune di Firenze, concernente le azioni assunte dal Comune fiorentino a tutela del suo centro storico. La fattispecie sulla quale si è dovuto pronunciare il giudice amministrativo toscano riguardava l'apposizione, tramite la sopracitata intesa, di una serie di limitazioni all'esercizio del commercio. Limitazioni che, secondo il ricorrente, non erano compatibili costituzionalmente in relazione al fatto che una disciplina di fonte regionale-comunale andava a limitare l'esercizio del commercio in ragione della presenza di determinati valori storico-artistici ed architettonici presenti sul territorio, probabilmente violando il principio di non discriminazione degli operatori commerciali ed implicando il coinvolgimento di interessi di pari rango costituzionale, quali la tutela del commercio, della libera concorrenza e dei c.d. "motivi imperativi di interesse generale", i quali per poter essere applicati necessitavano di un apposito e reciproco bilanciamento.

Il presente lavoro, pertanto, intende esaminare l'area del centro storico sotto un profilo di criticità nella gestione dei vari interessi su di esso convergenti. In sintesi, si vuole evidenziare la difficoltà di attuarli integralmente e rilevare la necessità di procedere all'equo bilanciamento dei valori costituzionali in esso racchiusi, nella consapevolezza di vedere inevitabilmente sacrificato il nucleo primario di alcuni in ragione della preminenza del principio fondamentale di tutela dell'interesse culturale di cui all'art. 9 della Costituzione.

2. I centri storici e la loro regolamentazione

Il centro storico, divenuto oggetto di attenzione a partire dalla Carta di Gubbio e inteso secondo la qualificazione della Commissione parlamentare Franceschini³, rappresenta un crocevia di interessi pubblici e privati, non necessariamente convergenti ed, anzi, potenzialmente in conflitto⁴. Interessi quest'ultimi diversificati, che derivano da bisogni eterogenei e che necessitano di azioni mirate e di politiche pubbliche idonee ad offrire loro un equo bilanciamento⁵.

(3) Sul punto, invero, si rammenta che la Carta di Gubbio del 1960 ebbe il merito di spostare l'attenzione dalla tutela e valorizzazione del singolo bene storico-artistico alla salvaguardia del valore culturale espresso dal centro urbano nel suo insieme, optando, per la prima volta, per un'azione di risanamento del complesso di beni presenti nei centri storici. Con riferimento, invece, all'attività definitoria della Commissione Franceschini, si precisa che tale Commissione, nella Dichiarazione XL degli atti conclusivi dei suoi lavori (*Per la salvezza dei beni culturali in Italia. Atti e documenti della Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, Roma, 1967) offrì una definizione unitaria di centro storico, allo scopo di condurre un'indagine sulle esigenze in ordine alla tutela e valorizzazione delle cose di interesse storico, archeologico, artistico e paesaggistico. Per centro storico, infatti, si doveva intendere quella «struttura insediativa urbana che costituisce unità culturale o la parte originaria e autentica di insediamenti, e testimonia i caratteri di una viva cultura urbana».

(4) Nel centro storico si condensano gli interessi pubblici alla tutela della salute, dell'ambiente, del paesaggio, della sicurezza e del decoro urbano e gli interessi privati dei residenti, dei turisti e dei soggetti titolari di attività produttive-commerciali.

(5) Per A. SAU, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Le Regioni*, 5-6, 2016, p. 955 ss., occorre proprio una selezione ragionevole e una ponderazione proporzionata di tali interessi, in vista di una "mise en valeur" dell'esistente e «non di una mera antologizzazione del bello (dal punto di vista paesaggistico) e del vecchio (dal punto di vista storico-culturale) in quanto tali».

L'interesse culturale, paesaggistico e ambientale è, infatti, opposto a quello dello sviluppo economico e della liberalizzazione delle attività commerciali e necessita, pertanto, dell'attivazione di strumenti che possano garantirne la piena fruibilità anche in relazione ai bisogni reali dei cittadini.

La compresenza di più interessi nell'area del centro storico è una peculiarità che è derivata, principalmente, da una attività di legislazione non sempre coerente e uniforme nei presupposti e contenuti. Il passaggio di tale luogo dall'essere oggetto di una disciplina prettamente urbanistica, finalizzata a garantire l'ordinato assetto del territorio e il recupero del tessuto urbano, ad un'altra di carattere storico-artistico, avente lo scopo di tutelare il valore culturale, ha comportato l'utilizzo di discipline normative non perfettamente sovrapponibili⁶.

Il problema, dunque, è quello relativo alla esatta qualificazione normativa del centro storico⁷ e, di conseguenza, all'individuazione degli interessi da salvaguardare a seconda della fonte regolatrice scelta come disciplina applicabile.

Sotto questo profilo, si deve rilevare che alcuni centri storici sono gravati dal c.d. vincolo UNESCO, che si aggiunge alla regolamentazione prevista dalle norme urbanistiche e da quelle contenute nel Codice dei beni culturali e del paesaggio. La normativa UNESCO, infatti, ha introdotto la nozione di "paesaggio urbano", corrispondente al «risultato di una stratificazione storica di valori e caratteri culturali e naturali che vanno al di là della nozione di centro storico o area storica sino ad includere il più

(6) Per approfondimenti, in dottrina si segnalano G. D'ALESSIO, *I centri storici: aspetti giuridici*, Milano, 1983, p. 89 ss.; G. CAIA, G. GHETTI (a cura di), *La tutela dei centri storici. Discipline giuridiche*, cit.; S. CATTANEO (a cura di), *La questione dei centri storici. Gli strumenti normativi di tutela e di intervento nello stato di cultura*, Milano, 1997. Si rimanda ad A. SAU, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., p. 957 ss. per approfondimenti sull'*excursus* normativo relativo alla disciplina applicabile ai centri storici, dal riferimento alla legge n. 1150/1942 e successive modifiche fino al Codice dei beni culturali e del paesaggio, alla Convenzione europea del paesaggio, alle Convenzioni UNESCO ed, infine, alla Convenzione di Faro.

(7) Secondo A. BARTOLINI, *Patrimonio culturale e urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 3, 2016, p. 25, i centri storici potrebbero annoverarsi tra i «beni culturali urbanistici», nonostante i medesimi appaiano «di incerta definizione ed inquadramento», considerato che, all'interno del Codice dei beni culturali e del paesaggio, sono contemplati soltanto come beni paesaggistici (art. 136, comma 1, lett. c)).

ampio contesto urbano e la sua posizione geografica⁸. Il centro storico, pertanto, viene inglobato nell'area urbana, che è espressione di significativi valori identitari e culturali, e le sue aree compromesse da situazioni di degrado (urbano e sociale) devono essere sottoposte ad attività di riqualificazione e riconversione tramite appositi programmi di rigenerazione urbana⁹.

La nozione di centro storico, accolta dalla normativa UNESCO e dai relativi piani di gestione¹⁰, va oltre la mera definizione di “contenitore d'opere d'arte” e racchiude in sé un concetto di opera d'arte unitaria, da considerarsi globalmente nel suo insieme, in una visione olistica e senza fermarsi ai singoli beni monumentali materiali, non tralasciando le tradizioni culturali e le consuetudini locali¹¹.

(8) Vedi art. 8, Raccomandazione UNESCO 36/C/23 del 18 agosto 2011. Sul tema, si rinvia ad A. SIMONATI, *La disciplina regionale dei centri storici: caratteri e tendenze*, in *Riv. giur. urb.*, 2, 2015, p. 295 ss.

(9) Per un quadro completo sui programmi di rigenerazione urbana si rinvia a R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Giudizio amministrativo e governo del territorio: la generazione dei piani senza espansione*, Milano, 2016, p. 265. L'Autore sottolinea che i programmi di rigenerazione urbana pongono al centro dell'intervento urbanistico il diritto dei cittadini alla qualità della vita, declinata nei suoi vari aspetti: qualità urbana, architettonica, culturale, sociale, ambientale ed economica. Tuttavia, nella prassi, pochi sono stati i programmi di rigenerazione urbana attuati in concreto e, in ogni caso, hanno riguardato prevalentemente il recupero e la riconversione di grandi aree industriali dismesse (ad esempio, l'area di Bagnoli a Napoli o del Parco del Portello a Milano), ma non dell'intera area urbana. Gli interventi, dunque, sono stati limitati a zone particolari e, in alcuni casi, non sono stati sorretti da un'adeguata legislazione regionale, che a volte risulta assente (soltanto alcune Regioni hanno legiferato in merito ai programmi di rigenerazione urbana: tra queste si ricordano la Lombardia, con l.r. 28 novembre 2014, n. 31, la Toscana, con l.r. 29 ottobre 2014, n. 65, e l'Umbria, con l.r. n. 1/2015. Sempre sul tema della rigenerazione urbana si segnala anche il contributo più recente di A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018 e l'intero fascicolo di questa Rivista (3, 2017), intitolato *La rigenerazione urbana e le nuove sfide per il governo del territorio*, con contributi di M. DUGATO, G.F. CARTEI, R. DIPACE e T. BONETTI.

(10) Sulla normativa UNESCO si rinvia ai criteri (ii), (iii), (iv) e (vi) delle *Operational Guidelines for the implementation of the World Heritage Convention*. Per quanto riguarda, invece, i piani di gestione dei siti UNESCO, in dottrina si segnala G. GARZIA, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali nel sistema dei piani di gestione dei siti UNESCO*, in *Aedon*, 2, 2014. Sempre sulla gestione dei siti UNESCO, al fine di approfondire la dimensione ultrastatale di gestione di tali luoghi, si rinvia a L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino, 2017.

(11) Sul punto, è utile ricordare che il Piano di gestione del sito UNESCO “Il centro storico di Firenze” (p. 18), approvato dalla Giunta comunale il 7 marzo 2006, prevede che la figura del cen-

Qualunque centro storico è, dunque, considerato nella sua materialità ed immaterialità o, più correttamente, come osservato in dottrina¹², è da ritenersi «una proiezione a rete di una molteplicità di beni culturali, a loro volta materiali e immateriali». Tale bene immateriale deve essere osservato «secondo una dimensione temporale verticale sincronica, per cui un edificio viene costruito in un preciso momento storico, ed una dimensione orizzontale diacronica, che ne vede la metamorfosi continua all'interno della fabbrica urbana»: l'elemento culturale, pertanto, è sottoposto ad una valutazione soggettiva da parte dell'uomo, mutevole a seconda del periodo storico all'interno del quale essa viene manifestata¹³.

La valutazione soggettiva, ossia la percezione del valore culturale da parte dell'uomo in un preciso contesto storico, rappresenta un elemento fondamentale nell'individuazione dei beni da tutelare e valorizzare. In sostanza, si è acquisita la consapevolezza del fatto che la salvaguardia di determinati beni non dipende da criteri oggettivi e assoluti, ma deriva dalle opinioni delle collettività di riferimento, per definizione soggettive e relative.

E non è un caso che, a livello internazionale, la direzione intrapresa sia proprio quella della valutazione soggettiva dell'elemento culturale e che tutti i testi normativi condividano i medesimi presupposti e siano

tro storico di Firenze vada «al di là dell'aspetto monumentale, rivive nelle tradizionali botteghe artigiane che da secoli offrono una produzione di alto livello qualitativo (...). Inoltre, il centro cittadino si anima di numerosi negozi storici (...). L'artigianato fiorentino e i negozi storici costituiscono testimonianza concreta del passato, garantiscono la continuità della tradizione e consentono di far sopravvivere l'immagine della città antica nei suoi molteplici aspetti».

(12) L'espressione appartiene a M. DUGATO, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali*, in *Aedon*, 1, 2014. Sul tema, con particolare riferimento ai centri storici, si segnala anche A. BARTOLINI, *Patrimonio culturale e urbanistica*, cit., p. 25 ss., secondo il quale «i centri storici non sono solo un complesso di beni culturali urbanistici materiali, in quanto essendo un corpo vivo, vivente, racchiudono anche idealità, esperienze, ricordi, ecc., che lo connotano pure come un bene culturale immateriale». Per approfondimenti, si rimanda anche ad un altro contributo dello stesso Autore: ID., *Lo statuto della Città d'arte*, in *Aedon*, 2, 2015. Più in generale, sul valore immateriale dei beni culturali, si segnala G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 1, 2014. Sul tema, sempre dello stesso Autore, si rinvia a *Dei beni culturali immateriali*, in *Giustamm.it*, 1, 2014.

(13) Così il Piano di gestione del centro storico di Napoli, approvato nel gennaio del 2011, che specifica che la risorsa culturale è strettamente connessa con la risorsa umana in quanto ne rappresenta un prodotto.

orientati verso il raggiungimento di obiettivi omogenei. In primo luogo, la Convenzione di Faro¹⁴, all'interno della quale emerge un concetto di patrimonio culturale che va oltre la mera somma dei beni culturali, tradizionalmente intesi, comprendendo anche i «valori, le credenze, i saperi e le tradizioni, costantemente modificati dall'uomo in una prospettiva dinamica»¹⁵. Secondariamente, la Convenzione europea del paesaggio, che intende per paesaggio «tutto il territorio delle parti», comprensivo delle aree ordinarie, quotidiane, eccezionali e degradate, e che dimostra di fare propria una concezione soggettiva di tale bene, fondata sul riconoscimento per cui il paesaggio è quella parte di territorio «così come è percepita dalle popolazioni», essendo «ogni luogo un elemento importante della qualità della vita» della comunità che lo abita¹⁶.

Ciò che, invece, desta perplessità è il risultato che si ottiene comparando i principi della normativa internazionale, appena esposti, con la qualificazione di centro storico offerta dalla disciplina nazionale del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Anzitutto, perché la concezione di bene culturale-paesaggistico propugnata dal Codice è oggettiva e materiale¹⁷. Numerosi sono gli elementi che farebbero propendere per tale

(14) Convenzione Quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 13 ottobre 2005 e sottoscritta dall'Italia il 27 febbraio 2013.

(15) Così, C. VITALE, *La fruizione dei beni culturali tra ordinamento internazionale ed europeo*, in L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 175.

(16) Le suddette espressioni sono state prese dal Preambolo, dall'art. 1, lett. a) e dall'art. 2 della Convenzione europea del paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000. Per un commento sulla Convenzione, si rimanda a G.F. CARTEI (a cura di), *La Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, Il Mulino, 2007. Per una comparazione tra Convenzione e Codice nazionale, Id., *Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea: un raffronto*, in *Aedon*, 3, 2008. Secondo E. IMPARATO, *Identità culturale e territorio tra Costituzione e politiche regionali*, Giuffrè, 2010, p. 33, la Convenzione introdurrebbe una nozione di "paesaggio culturale" inteso quale elemento complesso in continuo equilibrio tra forze naturali e azioni antropico-economiche, che costituisce una testimonianza della storia e dell'identità culturale delle popolazioni stanziate sul territorio.

(17) Sul punto, si fa presente che all'interno del Codice nazionale potrebbe ravvisarsi una concezione realista-normativa, secondo la quale i beni culturali rappresenterebbero cose materiali di interesse culturale previste dalla legge o individuate in base ai criteri della medesima. Per approfondimenti, si rinvia a M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 26 ss. Per ragioni di completezza, occorre, peraltro, segnalare l'esistenza di un'altra corrente di pensiero, a sostegno della tesi dell'immaterialità del bene culturale. Tale teoria,

teoria: a cominciare dall'art. 2, comma 2, del Codice¹⁸, passando per alcuni istituti che implicherebbero necessariamente la materialità del bene per poter essere applicati¹⁹, fino ad arrivare al chiaro enunciato di cui all'art. 7-*bis*, rubricato «Espressioni di identità culturale collettiva».

In secondo luogo, il contrasto sulla nozione di centro storico non sarebbe solo “esterno”, tra discipline territorialmente non coincidenti (internazionali e nazionale), ma anche “interno” secondo una duplice accezione: da un lato, in virtù di un'interpretazione restrittiva, una mancata conformità della Parte I del Codice, quella attinente ai beni cultu-

capeggiata da M.S. Giannini (M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, I, 1976, p. 3 ss.), osservava come, in linea generale, la normativa sui beni culturali intenda tutelare non la cosa in sé quanto piuttosto l'interesse pubblico culturale, ossia il valore culturale immateriale che la cosa possiede: l'interesse culturale, dunque, nonostante sia un elemento immateriale, può essere oggetto di diritti e a ciò non funge da ostacolo l'art. 810 c.c. e la definizione di bene che tale norma fornisce (si pensi alle energie oppure alla proprietà intellettuale, entrambi beni immateriali). Più di recente, altri Autori hanno avanzato delle argomentazioni a sostegno della tesi gianniniana. In particolar modo, si è osservato che il Codice, fin dalla prima disposizione, ammette che la tutela del patrimonio culturale sia finalizzata a preservare la memoria (cioè, il ricordo e le tradizioni che sono beni immateriali) della comunità nazionale; inoltre, l'art. 52 possiede due commi dedicati proprio alla tutela dei profili di immaterialità (vedi L. CASINI, “*Noli me tangere*”: *i beni culturali tra materialità e immaterialità*, in *Aedon*, I, 2014); infine, l'immaterialità emerge anche dall'art. 120 del Codice, con riferimento al contratto di sponsorizzazione (vedi G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, cit.).

(18) La suddetta norma utilizza il termine “cose” per sottolineare la materialità del bene, riprendendo il contenuto dell'art. 2 della legge 1° giugno 1939, n. 1089 (c.d. legge Bottai). In proposito, si rimanda al parere Cons. Stato, Ad. gen., 11 marzo 1999, n. 33, che sottolinea l'illogicità e l'irrazionalità dell'applicazione della normativa vincolistica a beni immateriali, e alla Relazione ministeriale allo schema di Codice, secondo la quale l'utilizzo dell'espressione “cose immobili e mobili” sarebbe significativo della scelta di mantenere un saldo ancoraggio al sostrato materiale del bene culturale.

(19) Come, ad esempio, quelli relativi all'espropriazione, alla prelazione, all'immodificabilità del bene, ai limiti alla circolazione, ecc. A ciò si aggiunga il dato per cui è considerato “bene culturale” solo quello individuato dalla legge *ex artt.* 10 e 11 del Codice o in base ai criteri forniti dalla legge, stante il divieto di nuove limitazioni al diritto di proprietà ai sensi dell'art. 42 della Costituzione. Per tale ragione, si potrebbe giustificare tutt'al più una nozione mista di bene culturale, che ricomprenda in sé l'elemento materiale e immateriale, secondo la quale la legge potrebbe configurare come bene culturale ulteriori oggetti immateriali caratterizzati comunque da un substrato di materialità. Al riguardo, si rinvia a P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 363 ss., che rileva che la c.d. nozione aperta, portata alle sue estreme conseguenze, «renderebbe la discrezionalità dell'amministrazione arbitra assoluta dell'applicabilità del regime conformativo di tutela nei confronti, in astratto, di qualsiasi specie di cosa. Dal che la necessità di un temperamento dell'idea di derivazione extragiuridica della culturalità della cosa e la normale convinzione, a garanzia della proprietà».

rali, alla Parte II, quella relativa ai beni paesaggistici²⁰; dall'altro lato, invece, secondo un'interpretazione estensiva, un conflitto tra la nozione del Codice e la definizione urbanistica di centro storico, in quanto nella prima sarebbe presente anche una componente estetica, oltre a quella storico-culturale²¹.

Verrebbe ora da chiedersi se i conflitti definitivi sopra esposti possano diventare un serio problema, soprattutto in considerazione del fatto che, in questo modo, il centro storico assumerebbe contorni eterogenei di esistenza e di consistenza a seconda della fonte normativa prescelta. Le soluzioni appaiono differenti in ragione della prospettiva assunta come base di ragionamento. Invero, una prima soluzione al problema potrebbe essere quella secondo cui i beni culturali-paesaggistici godreb-

(20) In particolare, si deve rilevare come l'art. 136, comma 1, lett. c) ricomprenda tra i beni paesaggistici, ossia tra quei beni caratterizzati dall'interrelazione uomo-natura, «i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri e i nuclei storici», mentre l'art. 10, comma 4, lett. f) e g), predisponga adeguata tutela alle «ville, parchi e giardini che abbiano interesse storico o artistico» e alle «pubbliche piazze, vie, strade e altri spazi aperti urbani di interesse artistico o storico» per il loro intrinseco valore storico-artistico e non «per ragioni estrinseche, ossia per la loro relazione con un evento della storia politica, militare, scientifico-tecnologica, letteraria o artistico-culturale ritenuto degno di memoria perché costitutivo o rappresentativo dell'identità nazionale». Mancherebbe nella seconda disciplina quel legame tra il bene oggetto di protezione e l'evento umano o naturale, espressivo della memoria e dell'identità della comunità nazionale, ai sensi degli artt. 1 e 131 del Codice. Così, A. SAU, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, cit., p. 975, con sua nota n. 56. L'Autrice richiama una certa giurisprudenza amministrativa (Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2008, n. 2430; Cons. St., sez. IV, 24 marzo 2003, n. 1496; TAR Campania, Napoli, 7 novembre 2014, n. 5775) che ritiene che il bene debba essere collegato con un accadimento oppure debba essere particolarmente rilevante per la storia politica, militare, dell'arte e della cultura.

(21) Sulla nozione di centro storico nel Codice, si rinvia a M.A. QUAGLIA, *Immobili ed aree di notevole interesse pubblico (sub art. 136)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 1027 ss. Infatti, con il decreto n. 1444 del 2 aprile 1968 il centro storico venne definitivamente ricondotto alla zona territoriale omogenea A, ricomprendente «le parti del territorio interessate da agglomerati urbani che rivestono carattere storico, artistico e di particolare pregio ambientale o da porzioni di essi, comprese le aree circostanti, che possono considerarsi parte integrante, per tali caratteristiche, degli agglomerati stessi». Una definizione, quest'ultima, che, come sottolineato dalla dottrina [per tutti F.G. SCOCA, D. D'ORSOGNA, *Centri storici, problema irrisolto*, in G. CIAI, G. GHETTI (a cura di), *La tutela dei centri storici. Discipline giuridiche*, cit., p. 39 ss.], è apparsa molto generica, a tal punto da consentire al soggetto pianificatore un'ampia discrezionalità nella perimetrazione dei centri storici, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in ipotesi di errori di fatto e di illogicità, irrazionalità e motivazione contraddittoria o travisamento dei fatti (fra le tante, si veda Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2015, n. 1673).

bero di una “tutela cumulativa” a seconda del profilo considerato: la tutela paesaggistica sarebbe perfettamente compatibile con quella urbanistica o ecologica, «trattandosi di forme complementari di protezione, preordinate a curare, con diversi strumenti, distinti interessi pubblici»²². Pertanto, secondo questa posizione, le tutele apprestate dalle diverse branche del diritto sarebbero pienamente sovrapponibili, perché complementari, senza interferire le une con le altre, ma assicurando al contempo una protezione globale del centro storico.

Se si applicasse codesta prospettiva, tutt'al più potrebbe emergere un problema di coordinamento delle diverse discipline normative, nel senso che si avrebbe l'esigenza di ricercare uno strumento idoneo ad assicurare l'integrazione fra la tutela urbanistica e le tutele differenziate (culturale, paesaggistica, ambientale ed economica). Sarebbe, dunque, necessario ricorrere allo strumento della c.d. pianificazione strategica²³, che, tramite le sue parti costitutive²⁴, certamente potrebbe contribuire all'elaborazione di politiche pubbliche del territorio urbano ed, in particolare, del centro storico²⁵. Due esempi concreti di piani strategici potrebbero essere, da un lato, il piano paesaggistico, ma nella sua forma

(22) Tra le tante pronunce, si segnalano in giurisprudenza le seguenti: Cons. giust. amm. sic., 30 giugno 1995, n. 246, in *Foro amm.*, 1995, 10, p. 2308 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1734, in *Foro amm.*, 1998, 11-12, p. 3024 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4818; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 844.

(23) Per approfondimenti su tale tipologia di pianificazione, si rinvia a F. CANGELLI, *Piani strategici e piani urbanistici: metodi di governo del territorio a confronto*, Torino, 2012, p. 121 ss.; T. BONETTI, *Oggetto e limiti della pianificazione strategico-strutturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2006, p. 1329 ss.; P. STELLA RICHTER, *Necessità e possibilità della pianificazione urbanistica*, in E. FERRARI, F. PUGLIESE (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Milano, 1999, p. 83 ss.

(24) Per parti costitutive si intendono la fissazione di obiettivi a lungo termine, una verifica continua delle scelte, l'aggiornamento della realizzazione degli obiettivi del piano e della loro corrispondenza agli interessi che il territorio propone, condivisione delle scelte attraverso metodi concertativi, ecc. Sul tema si rinvia ad A. SIMONATI, *Il piano strategico in Italia: un meccanismo di valorizzazione della pianificazione urbanistico-territoriale o impulso alla depianificazione?*, in *Riv. giur. ed.*, 2, 2013, p. 99 ss.

(25) In particolare modo, la funzione del piano strategico consisterebbe nella risposta data alla frammentazione dei processi decisionali e alle crisi di efficacia degli strumenti tradizionali di governo urbano, con uno strumento flessibile ed obbligatorio per l'ente pubblico che permetta di affrontare il tema dello sviluppo socio-economico del territorio da una prospettiva globale e d'insieme, rendendolo compatibile con la contestuale salvaguardia di ulteriori interessi primari.

di piano urbanistico-territoriale con specifica considerazione dei valori paesaggistici, e dall'altro lato, il piano strategico metropolitano²⁶.

Invece, cambiando prospettiva e focalizzandosi sul grado di coerenza delle diverse fonti normative, potrebbero sorgere alcuni problemi nell'individuazione del rapporto gerarchico instaurato fra le une e le altre discipline. Invero, ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, la Repubblica, nel suo insieme, è obbligata a rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Ciò equivale a voler dire che, qualora vi sia un contrasto tra una norma di rango primario e una fonte di diritto internazionale, in seguito ad un giudizio di illegittimità costituzionale pronunciato dalla Corte costituzionale, la prima fonte, gerarchicamente inferiore, non potrà essere applicata e dovrà essere espunta dall'ordinamento²⁷.

Ora, sia la Convenzione UNESCO sia la Convenzione europea del paesaggio assumono il rango di fonti internazionali, ratificate dall'Italia e, quin-

(26) Infatti per quanto concerne la pianificazione paesaggistica, nonostante l'equipollenza tra piani urbanistici territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici e quelli paesaggistici puri segnalata dall'art. 135 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, la prima tipologia di piani potrebbe considerare al suo interno sia gli aspetti paesaggistici sia quelli più propriamente urbanistico-territoriali e avrebbe la facoltà di stabilire misure di coordinamento con gli strumenti di pianificazione settoriali, nonché con quelli di sviluppo economico (art. 145). Per quanto riguarda, invece, lo strumento di pianificazione dell'area metropolitana, la legge Delrio (n. 56/2014), con l'art. 1, comma 44, lett. *a*), assegna alle Città metropolitane il compito di adottare e aggiornare annualmente un piano strategico triennale del territorio metropolitano, «che costituisce atto di indirizzo per l'ente e per l'esercizio delle funzioni dei Comuni e delle Unioni di Comuni compresi nel predetto territorio, anche in relazione all'esercizio di funzioni delegate o assegnate dalle Regioni, nel rispetto delle leggi delle Regioni nelle materie di loro competenza». Più problematica, invece, è la riconduzione del Piano territoriale metropolitano (di cui all'art. 1, comma 44, lett. *b*) della legge Delrio) all'interno della categoria dei piani strategici. Sul punto, infatti, occorre rilevare che, da un lato, la legge n. 65/2014 della Regione Toscana (art. 91) configura tale strumento di pianificazione quale «piano territoriale e strumento di programmazione dell'area metropolitana a livello paesaggistico, territoriale, economico e sociale», rendendolo simile ad un piano strategico; dall'altro lato, però, una certa dottrina evidenzia la diversità di funzioni (strategica e territoriale) a livello di contenuti, che renderebbe impossibile un'equiparazione tra le due tipologie di piano, nonostante entrambe possano essere inserite nella categoria degli «strumenti di area vasta» (in tal senso, si veda G. MOBILIO, *Le Città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 333 ss.).

(27) Quanto sopra rappresenta l'ultimo orientamento della Corte costituzionale (Corte Cost. n. 348/2007). Tuttavia, per completezza della trattazione, occorre rilevare come in passato, non siano mancate opinioni differenti sul potere di disapplicazione della norma interna, attribuito al giudice di merito (in tal senso, si rimanda a Cass. civ., sez. un., n. 28507/2005 e Cass. civ., sez. I, n. 6672/2005).

di, pienamente in vigore all'interno della Nazione, con l'unica differenza che la prima è azionabile soltanto su richiesta dello Stato nel cui territorio si trova il bene da sottoporre a protezione. Per tale ragione, il problema della regolamentazione applicabile al centro storico si porrà soltanto per la prima Convenzione internazionale, in quanto l'attuazione dei principi contenuti nella seconda si dovrebbe configurare quale attività normativa obbligatoria.

Di conseguenza, sarebbe logica e ragionevole un'applicazione automatica della concezione immateriale e soggettiva del patrimonio culturale (quantomeno ai sensi della Convenzione europea), che, però, a fronte di quanto esposto in precedenza, contrasterebbe con l'impostazione privilegiata dalle norme del Codice dei beni culturali e del paesaggio, rendendo necessario l'intervento interpretativo della Corte costituzionale. Intervento quest'ultimo finalizzato alla disapplicazione delle norme contrastanti con la disciplina sovranazionale e diretto alla predisposizione di una tutela cumulativa del centro storico, in ragione del principio europeo di coesione ed integrazione delle politiche territoriali, sempre che le filosofie di fondo dei vari settori (ambientale, urbanistico, paesaggistico, economico) siano coincidenti nei presupposti e negli obiettivi perseguiti.

3. Concertazione e leale collaborazione tra enti territoriali a garanzia della tutela e valorizzazione dell'interesse culturale nei centri storici

Oltre al problema definitorio i centri storici possono presentare anche ulteriori questioni critiche, quali, ad esempio, quella relativa alla compatibilità costituzionale di una disciplina di fonte regionale-comunale contenente limitazioni all'insediamento di nuove attività commerciali in aree (come il centro storico) caratterizzate dalla presenza e dalla particolare pregnanza dei valori storico-artistici ed architettonici presenti sul territorio²⁸. La questione potrebbe essere risolta in due modi differenti, a seconda che le suddette competenze costituzionali vengano o meno ritenute chiare e dai contorni ben definiti.

(28) La suddetta questione è stata analizzata nella sentenza del TAR Toscana, n. 1592/2017, di cui alla nota n. 2 del presente elaborato.

Invero, qualora si considerassero nettamente distinte le materie della tutela dell'interesse storico-culturale e della promozione delle attività commerciali, sarebbe sufficiente invocare l'applicazione dell'art. 31, comma 2, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214, che prevede che «le Regioni e gli Enti locali ... (possono) prevedere ..., senza discriminazioni tra gli operatori, anche aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree dove possano insediarsi attività produttive e commerciali solo qualora vi sia la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali»²⁹.

La norma, espressione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di concorrenza, non pone divieti assoluti di regolazione e neppure obblighi di liberalizzazione, ma, al contrario, consente alle Regioni e agli Enti locali la possibilità di prevedere «anche aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree dove possano insediarsi attività produttive e commerciali», purché ciò avvenga «senza discriminazioni tra gli operatori» e a tutela di specifici interessi di adeguato rilievo costituzionale, quali quelli relativi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali³⁰. La concessione di tale facoltà si giustificerebbe con una nozione di liberalizzazione intesa non in senso assoluto ma come «razionalizzazione della regolazione» e con il mantenimento degli «oneri necessari alla tutela di superiori beni costituzionali», così da garantire che le attività economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale e con gli altri principi costituzionali³¹. Il legislatore regionale potrebbe, dunque, esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività

(29) Si rinvia ad una sentenza della Corte costituzionale abbastanza recente, relativa alla legge regionale pugliese, che ha concluso per la legittimità, in linea di principio, di una legislazione regionale prevedente limiti all'insediamento di nuove attività in aree caratterizzate da una particolare pregnanza storico-artistica o ambientale: Corte cost., 11 novembre 2016, n. 239.

(30) Sul tema, si rinvia a Corte cost., 23 aprile 2014, n. 104.

(31) In proposito, si rinvia a Corte cost. 25 luglio 2012, n. 200 e Corte cost., 30 gennaio 2013, n. 8.

economiche, sia pure in base ai principi indicati dal legislatore statale e nel rispetto della proporzionalità delle misure adottate³².

Peraltro, come sottolineato dal giudice amministrativo³³, le limitazioni all'esercizio del commercio dettate con l'intesa Regione-Comune trovano la propria giustificazione normativa non solo nel sopracitato art. 31 ma anche nell'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 222/2016 e, altresì, nell'art. 52 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Proprio in quest'ultima disposizione la dottrina ha individuato una chiara tendenza ad agevolare la prassi di imporre vincoli sull'utilizzo del bene, producendo conseguentemente effetti anche sull'attività commerciale³⁴. Tuttavia, queste limitazioni all'attività commerciale, che possono consistere nella facoltà di prescrivere divieti di usi non più compatibili con le esigenze di tutela e valorizzazione e nella possibilità di riesaminare autorizzazioni e concessioni di suolo pubblico già in precedenza rilasciate, richiedono una preventiva intesa tra Ministero, Regione e Comune, ossia devono essere adottate di comune accordo con le varie amministrazioni coinvolte³⁵.

Il divieto all'attività commerciale, dunque, non assume nell'art. 52 del Codice una veste di prescrizione proibitiva direttamente ed unilateralmente imponibile da parte della Regione o degli Enti locali, ma si configura quale norma a contenuto negativo elaborabile soltanto da tutti

(32) Corte cost., 18 maggio 2016, n. 105.

(33) TAR Toscana, cit., n. 1592/2017.

(34) Così si esprime M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Cultura e attività commerciali*, in *Giustamm.it*, 3, 2017. Secondo G. MORBIDELLI, *La proprietà culturale*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, E-Library, 2016, «questi vincoli sono in espansione, in coerenza con una domanda dell'opinione pubblica volta a tutelare gli esercizi tradizionali, onde non snaturare i centri storici». Peraltro, l'inserimento del comma 1-bis nell'art. 52 costituisce «un consolidamento della giurisprudenza in quanto investe espressamente oltre alle cose, anche le attività culturali, ad esse legate in un tutt'uno inscindibile».

(35) Si segnala TAR Lazio, sez. II-*quater*, 3 febbraio 2017, n. 1822, che ha esaminato una questione relativa ad un'area di Roma, il c.d. «Tridente del centro storico», e ad un decreto ministeriale che, senza la preventiva concertazione, imponeva il divieto di «tutte le forme d'uso del suolo pubblico a fini commerciali con il posizionamento di strutture stabili e/o precarie di varia natura e tipologia». Sempre sullo stesso argomento, si rimanda anche a TAR Lazio, sez. II-*ter*, n. 6754/2016.

gli enti territoriali in seguito ad un'attività di leale concertazione e collaborazione.

La *ratio* della norma è facilmente individuabile nelle affermazioni della Corte costituzionale³⁶, le quali consentono di abbandonare il primo metodo di risoluzione della questione controversa e di passare alla seconda impostazione del problema, che tiene maggiormente in conto l'esigenza di considerare alcuni interessi costituzionali quali "materie trasversali"³⁷, dai contorni non ben definiti, che abbracciano competenze appartenenti a differenti soggetti pubblici, sia ad un livello verticale che ad uno orizzontale.

La disciplina di cui all'art. 52 del Codice appare contestualmente finalizzata a perseguire esigenze tanto di tutela quanto di valorizzazione, dovendo quindi intendersi devoluta, per il profilo della tutela, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato *ex art. 117, comma 2, lett. s) Cost.*, e, per il profilo della valorizzazione, alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni *ex art. 117, comma 3, Cost.*, lambendo anche la materia del commercio, attribuita alla potestà legislativa residuale delle Regioni *ex art. 117, comma 4, Cost.*³⁸. La conseguenza è che, secondo la Corte costituzionale³⁹, in casi del genere sussiste una "concorrenza di competenze", attribuite per disciplinare una pluralità di materie, distinte e non

(36) Si rinvia alla pronuncia Corte cost. 15 luglio 2015, n. 140. Per commenti sulla sentenza, si segnalano S. MABELLINI, *Un caso di "non prevalenza" della competenza statale che segna un ulteriore passo indietro per la potestà legislativa delle Regioni*, in *Giur. cost.*, 4, 2015, p. 1237 ss. e P. CARPENTIERI, *Il decoro dei monumenti deve attendere le intese con le Regioni: come subordinare la tutela (art. 9 Cost.) al commercio e alla "leale collaborazione" interistituzionale*, in *Giur. cost.*, 4, 2015, p. 1246 ss.

(37) Tra le tante pronunce, si ricorda Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, in *Riv. giur. edil.*, I, 2002, p. 1189 ss., secondo la quale la tutela dell'ambiente non costituisce una materia in senso tecnico, «dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze». L'ambiente si configura dunque «come un valore costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale» (con lo stesso senso, si segnalano anche Corte cost., 11 luglio 2012, n. 171 e Corte cost., 21 settembre 2016, n. 210, in *Riv. giur. edil.*, 2016, p. 687 ss.).

(38) In proposito, si rimanda a Corte cost., 14 marzo 2014, n. 49 e a Corte cost., 28 ottobre 2013, n. 251.

(39) Sempre nella sentenza n. 140/2015.

sovrapponibili, che corrispondono ad eterogenee potestà legislative distribuite tra i vari livelli di governo del territorio, «senza che (in termini qualitativi o quantitativi) sia individuabile un ambito materiale che possa considerarsi prevalente sugli altri».

L'impossibilità di risolvere tale intreccio di competenze e materie servendosi del solo criterio gerarchico o di prevalenza, discendente anche dalla nozione unitaria di patrimonio culturale⁴⁰, conduce inevitabilmente a ritenere necessaria l'applicazione del principio di leale collaborazione tra soggetti pubblici⁴¹. Principio, quest'ultimo, le cui modalità di attuazione nella materia dei beni culturali devono essere stabilite con legge statale ai sensi dell'art. 118 della Costituzione.

È lo Stato, infatti, che è chiamato a disciplinare forme di intesa e coordinamento con le Regioni e gli Enti locali in ragione dell'esistenza di una «corresponsabilizzazione finalistica» nella tutela e valorizzazione del pa-

(40) Secondo Corte cost. n. 140/2015, la nozione di patrimonio culturale ex art. 1 del Codice dei beni culturali e del paesaggio sarebbe da considerarsi globale e complessiva di tutte le situazioni ad essa attinenti e da ritenersi non soggetta ad arbitrarie frantumazioni. Inoltre, la medesima nozione implicherebbe l'azione di cura della Repubblica, intesa quale ordinamento complessivo ai sensi dell'art. 9 della Costituzione, alimentando «una sorta di ideale contiguità, nei limiti consentiti, fra le distinte funzioni di tutela e di valorizzazione di questo patrimonio medesimo, ciascuna identificata nel proprio ambito competenziale fissato dall'art. 117, secondo comma, lettera s), e terzo comma, Cost. (sentenza n. 194 del 2013)» (paragrafo 6.1).

(41) Si precisa, infatti, che tale impossibilità deriva principalmente dal fatto che la stretta connessione tra ambiti materiali sussiste nel diritto poiché, dapprima, esiste «nei fatti e nelle cose» (P. CARPENTIERI, *Il decoro dei monumenti deve attendere le intese con le Regioni: come subordinare la tutela (art. 9 Cost.) al commercio e alla "leale collaborazione" interistituzionale*, cit., p. 1247). E la nozione unitaria di patrimonio culturale, come luogo e mezzo di preservazione della memoria della comunità nazionale e della sua cultura ex art. 9 Cost., ben dimostra tale intreccio di ambiti materiali: per approfondimenti sulla predetta norma costituzionale, si rinvia a F. MERUSI, *Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali. Artt. 1-12*, Bologna-Roma, 1975, p. 446, secondo cui «gli immobili di interesse storico e artistico si inseriscono nel rapporto culturale uomo-ambiente, come è confermato anche dal riferimento del patrimonio storico-artistico alla Nazione, cioè allo Stato-società e partecipano, di conseguenza, della medesima problematica dei beni paesistici. [...] Con ciò sembra possibile una lettura unitaria non solo del secondo comma, ma dell'intero articolo, col secondo comma costituente una accentuazione particolare del fine generale di promozione della cultura». L'unico rimedio per lo scioglimento di codesto groviglio è rappresentato dal principio della leale cooperazione interistituzionale e dall'utilizzo degli strumenti amministrativi che ne costituiscono esplicita manifestazione, qual è, ad esempio, l'intesa: per approfondimenti sul tema, M. MANCINI, «*Il curioso caso della chiamata in sussidiarietà*»: *trasfigurazione e distorsione del modello originario*, in *Ricerche giuridiche*, vol. 3, n. 1, 2014, p. 38 ss.

trimonio culturale⁴², sancita dall'art. 1, commi 2 e 3 del Codice nazionale: «l'uno ove, come già ricordato, individua tutela e valorizzazione come funzioni che concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e lo sviluppo della cultura, l'altro che invece stabilisce che tutti i soggetti che ai sensi dell'art. 114 Cost. costituiscono la Repubblica, cioè lo Stato, le Regioni, le Città metropolitane, le Province e i Comuni "assicurano e sostengono la conservazione del patrimonio culturale e ne favoriscono la pubblica fruizione e la valorizzazione"»⁴³.

La concorrenza delle funzioni di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, predicata dal Codice⁴⁴, permette, secondo la Corte costituzionale⁴⁵, di ritenere tali attività eterogenee nei contenuti, ma contigue ed equivalenti⁴⁶: le due funzioni si integrano teleologicamente e concorrono appunto a formare un'attività pienamente unitaria finalizzata ad un'ampia preservazione dell'esistente culturale⁴⁷.

Tuttavia, è altrettanto vero che la ripartizione delle competenze di tutela e valorizzazione in moduli organizzativi e procedimentali di partecipazione, finalizzati ad una piena attuazione del principio di leale collaborazione interistituzionale, non sempre conduce all'ottenimento di buoni risultati. Da un lato, perché occorre coinvolgere una pluralità di sogget-

(42) Parla di principio di corresponsabilizzazione finalistica P. CARPENTIERI, *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica*, Relazione al Seminario di formazione specialistica-confronto fra giuristi ed urbanisti sul tema "Il territorio tra tutela e trasformazione" svoltosi a Roma presso il TAR Lazio il 24-25 novembre 2014, in www.giustizia-amministrativa.it.

(43) L'espressione appartiene a N. PECCHIOLI, *Il decoro dei monumenti nei centri storici non è (solo) affare di Stato: la necessità della cooperazione interistituzionale per la regimazione delle attività commerciali*, in *Riv. giur. urb.*, 3, 2016, p. 136 ss.

(44) I riferimenti vanno all'art. 1, commi 2 e 3, e agli artt. 3 e 6 del Codice nazionale.

(45) Corte cost., cit., n. 140/2015, punto 6.3 in diritto.

(46) Sull'equivalenza delle due sopracitate funzioni, si evidenzia il parere contrastante di P. CARPENTIERI, *Il decoro urbano: il problema degli usi e della conservazione dei centri storici. I beni culturali e la normativa urbanistica*, cit., secondo il quale le due funzioni di tutela e di valorizzazione dovrebbero accostarsi sempre in termini di sovraordinazione gerarchica della prima sulla seconda, ai sensi degli artt. 6, comma 2, e 131, comma 5 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

(47) Negli stessi termini e con la medesima filosofia di principio, si esprimeva G. PASTORI, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in *Aedon*, 3, 2004.

ti nelle decisioni amministrative, con tutti i problemi che tale modalità cooperativa comporta, a cominciare dalla ricezione del consenso di tutte le p.a. (per non parlare delle problematiche sorte nel caso di dissenso di una delle parti) e dalla ripartizione delle competenze fino al coordinamento spaziale e temporale delle amministrazioni pubbliche protagoniste⁴⁸; dall'altro, perché l'assenza di materie dai contorni ben definiti non può che produrre incertezza nella cura di un particolare dettaglio e un mancato coordinamento nella presa in carico di tutti gli aspetti relativi alla cura del patrimonio culturale.

Peraltro, non possono essere tralasciati neppure i casi di illegittimità di una parte contenutistica dell'intesa. Infatti, lo strumento dell'intesa, attuativo del sistema della concertazione, consiste in un atto complesso, all'interno del quale le manifestazioni di volontà degli Enti pubblici, attinenti alla fase decisoria e convergenti verso un unico fine, assumono tutte pari dignità. Tali manifestazioni di volontà sono della medesima natura e la loro interdipendenza comporta che sia sufficiente l'illegittimità di una di esse per determinare l'annullabilità dell'atto finale⁴⁹.

Ma forse, il problema principale è di tutt'altra natura. L'applicazione, invero, del principio della celerità dei procedimenti amministrativi⁵⁰ verrebbe scalfito nella sua essenza dall'imposizione di un obbligo di coerenza e conformità alle decisioni assunte dagli altri soggetti partecipanti, con ciò rallentando la macchina burocratica nell'espletamento delle funzioni previste dal Codice. L'esperienza insegna che il voler multi-

(48) Basti pensare alla complessità dei meccanismi procedurali introdotti dagli artt. 42, 43 e 47 ss. della legge n. 65/2014 della Regione Toscana in materia di accordi di pianificazione e di conferenze paritetiche interistituzionali.

(49) Per approfondimenti, si segnala E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 493 ss.; C.P. SANTACROCE, *Accordi tra pubbliche amministrazioni ed atti amministrativi complessi nella copianificazione per la tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 3, 2012, p. 602 ss.; Id., *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Cedam, 2014; S. AMOROSINO, *Gli accordi organizzativi tra amministrazioni*, Padova, 1984; G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

(50) Sul principio di celerità dell'azione amministrativa, collegato peraltro ai principi di non aggravamento del procedimento e di buon andamento, si rinvia a D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 477 ss.; M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 493 ss.; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 117 ss.

plificare i centri decisionali è sicuramente un fattore di ricchezza per la comunità sociale, ma, al contempo, depotenzia l'attività decisoria, che non viene più svolta da un unico soggetto pubblico. Il potere decisionale viene frantumato, infatti, in piccole parti, interdipendenti tra loro, che richiedono piena condivisione di obiettivi e di strategie per la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale⁵¹.

4. Restrizioni all'applicazione della libera concorrenza ed ampliamento dell'operatività del principio di proporzionalità

Un ulteriore profilo problematico inerente l'area del centro storico riguarda l'applicabilità di limitazioni alle attività commerciali in relazione ai contenuti della disciplina normativa sovranazionale, ossia, nello specifico, il rapporto tra i principi di libera iniziativa economica, libera concorrenza, libera circolazione delle merci e proporzionalità. La giurisprudenza amministrativa ha fatto ricorso all'orientamento della Corte di Giustizia per affermare che, in linea generale, sono consentite restrizioni alla libertà di stabilimento, applicabili senza discriminazioni basate sulla cittadinanza e giustificate da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che siano atte a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso⁵².

(51) Sulla tendenza dell'ultimo periodo al ritorno al centralismo amministrativo, anche per una questione di riduzione della spesa pubblica, si rinvia ai seguenti Autori: P. AIMO, *Centralismo amministrativo e revisionismo storiografico*, in *Storia Amministrazione Costituzione*, 25, 2017, p. 41 ss.; G. GARDINI, *Crisi e nuove forme di governo territoriale*, in *questa Rivista*, 3, 2015, p. 533 ss.; F. MANGANARO, *La riforma delle Province*, in *Giustamm.it*, 5, 2014. Seppur con riferimento esclusivo alla vicenda degli Atenei universitari, si rinvia a V. BERLINGÒ, *La nuova disciplina amministrativa, finanziaria e contabile degli Atenei e i suoi riflessi sull'autonomia universitaria*, in *federalismi.it*, 4, 2015, p. 29.

(52) TAR Toscana, cit., n. 1592/2017. I giudici amministrativi fiorentini hanno, peraltro, posto a base del loro ragionamento la pronuncia della Corte di Giustizia, sez. II, 24 marzo 2011, C-400/08, che ammette la possibilità di introdurre restrizioni all'applicazione del principio di libera concorrenza, purché tali limiti siano giustificati da motivi imperativi di interesse generale e siano proporzionati rispetto all'obiettivo da conseguire. A livello normativo, oltre all'art. 41 della Costituzione che sancisce la libertà di iniziativa economica e agli artt. 101 e 102 del TFUE che introducono nell'ordinamento europeo il principio di libera concorrenza, è in vigore anche l'art. 1, comma 1, lett. a) e b) della legge 24 marzo 2012, n. 27, secondo il quale tutti i divieti e le restrizioni alle attività economiche devono rispettare il principio di proporzionalità.

Invero, considerata la situazione attuale dei centri storici, che sono sottoposti ad un costante incremento degli esercizi commerciali all'interno del loro perimetro, con conseguente aumento del degrado urbano⁵³, l'emanazione di una disciplina restrittiva della concorrenza, contenuta nelle intese amministrative tra Regioni e Comuni, potrebbe fungere da argine al suddetto fenomeno negativo e tutelare l'interesse culturale che ogni centro storico racchiude in sé.

Occorre, però, che tale disciplina non introduca norme finalizzate a porre discriminazioni ed obblighi commerciali in ordine ai prodotti venduti, ossia non imponga alle attività esistenti la commercializzazione di specifici beni, magari tipici del territorio di riferimento, a discapito di prodotti non locali. Se ciò accadesse, infatti, si assisterebbe ad una palese violazione delle previsioni comunitarie in materia di libera circolazione delle merci⁵⁴, in quanto le limitazioni allo svolgimento delle attività commerciali non devono essere riconducibili a mere ragioni di carattere economico, che si pongono quale ostacolo al libero esercizio dell'attività di impresa⁵⁵.

L'attività commerciale, in quanto attività economica incentrata nella prospettiva della liberalizzazione, deve sempre confrontarsi con il potere della pubblica amministrazione e può subire restrizioni se giustificate da motivi imperativi di interesse generale, le quali, però, non possono concernere limitazioni quantitative all'assortimento merceologico, non possono prevedere il rispetto dei limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate in base al volume delle vendite a livello territoriale ed,

(53) Ad esempio, secondo la già citata sentenza del TAR Toscana n. 1592/2017, il centro storico di Firenze è stato caratterizzato da un ampliamento significativo del numero degli esercizi commerciali rispetto alle aree limitrofe, ma esterne (in particolare, il 44% degli esercizi di somministrazione in luogo del 16% all'esterno del centro storico; il 78,7% degli esercizi di commercio alimentare in luogo del 10,7%).

(54) Tesi questa, peraltro, avvalorata dall'orientamento della Corte costituzionale. Per approfondimenti, si rinvia a Corte cost., 18 luglio 2013, n. 209 e Corte cost., 6 dicembre 2013, n. 292.

(55) Sul punto, si segnala la recente sentenza Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2017, n. 2026, in *Foro amm.*, 5, 2017, p. 1030. Sul tema, si rimanda anche a Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2011, n. 1975.

infine, non possono stabilire la distanza minima obbligatoria tra le attività appartenenti alla medesima tipologia di esercizio⁵⁶.

Essi devono attenere alla cura di interessi pubblici, in specie degli interessi alla protezione dell'ambiente, alla tutela del patrimonio culturale e all'ordinato assetto del territorio⁵⁷. Ciò, perché il sacrificio dei beni comuni a fronte dello svolgimento di attività economiche private impattanti sul territorio è tollerabile a condizione che dallo svolgimento di quelle attività derivino vantaggi collettivi perlomeno apprezzabili⁵⁸.

E il giudice amministrativo, sulla base delle norme relative alla liberalizzazione, è chiamato a sindacare la legittimità degli atti delle pubbliche amministrazioni che dispongono limiti o restrizioni all'insediamento di nuove attività economiche, con l'obbligo di dover effettuare un riscontro molto più penetrante di quello che si riteneva essere consentito in passato. La finalità di tale valutazione sarà quella di verificare se effettivamente i divieti imposti possano ritenersi connessi e proporzionati alle effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano e di gestione ordinata dell'assetto del territorio, dovendosi, in caso contrario, reputare che le suddette limitazioni non siano riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e siano, pertanto, illegittime⁵⁹.

Del resto, anche l'orientamento del giudice europeo condivide la medesima filosofia di fondo, privilegiando la tutela di una determinata collettività sociale in relazione al mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico, alla protezione della sua salute e al rispetto dell'ambiente territoriale in cui è stanziata⁶⁰. Tale orientamento si fonda su un percor-

(56) Per approfondimenti, si rinvia a M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Cultura e attività commerciali*, cit.

(57) Si veda P. PORTALURI, *Primaauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

(58) Si esprime negli stessi termini TAR Toscana, sez. I, 21 luglio 2017, n. 945, in *Foro amm.*, 7-8, 2017, p. 1684.

(59) Cfr. TAR Veneto, sez. III, 29 dicembre 2016, n. 1423, in *Foro amm.*, 12, 2016, p. 3046.

(60) Tra le numerose pronunce del giudice europeo che argomentano in materia di motivi imperativi di interesse generale (anche in altri settori rispetto a quello oggetto di analisi), si segnalano le seguenti: Corte di Giustizia, sez. VIII, 30 giugno 2011, n. 212, in *Foro amm.* – CDS, 6, 2011, p. 1763, che, in materia di gioco d'azzardo, afferma che «gli obiettivi perseguiti dalle normative nazionali adottate nell'ambito dei giochi e delle scommesse si ricollegano, di regola, alla tutela dei destinatari dei servizi interessati e dei consumatori, nonché alla tutela dell'ordine so-

so normativo, che si è rafforzato con l'emanazione della c.d. Direttiva Bolkestein (o Direttiva Servizi)⁶¹, dal momento che ha consentito limitazioni o restrizioni all'accesso e all'esercizio di un'attività di servizio, anche commerciale, soltanto in presenza di ragioni di pubblico interesse, ossia in presenza dei c.d. interessi sensibili⁶².

Le misure restrittive, tuttavia, devono essere proporzionate rispetto all'obiettivo da raggiungere: cioè, non devono essere assolute, non possono causare discriminazioni tra gli operatori ed, infine, devono apparire come strettamente necessarie ed inevitabili per il raggiungimento del fine pubblico⁶³.

Invero, la proporzionalità, che altro non è che un'ulteriore declinazione dei principi di ragionevolezza ed imparzialità, secondo la dottrina classica si articola nelle caratteristiche della “*suitability*” e della “*necessity*”, comportando che ogni misura amministrativa sia idonea e adeguata all'obiettivo da perseguire e, al contempo, necessaria, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile⁶⁴.

ziale. Siffatti obiettivi rientrano nel novero dei motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare limitazioni alla libera prestazione dei servizi. Anche le considerazioni di ordine morale, religioso o culturale, nonché le conseguenze moralmente e finanziariamente dannose per l'individuo e la società che sono collegate ai giochi d'azzardo e alle scommesse possono giustificare che le autorità nazionali dispongano di un potere discrezionale sufficiente a determinare, secondo la propria scala di valori, le prescrizioni a tutela del consumatore e dell'ordine sociale»; Corte di Giustizia, Grande sezione, 22 ottobre 2013, n. 105, che richiede la necessaria presenza dei motivi imperativi di interesse generale per giustificare la restrizione alla libera circolazione dei capitali; Corte di Giustizia, sez. I, 20 dicembre 2017, n. 322, in materia di restrizioni nel settore della gestione telematica del gioco, consente sulla base di motivi imperativi di interesse generale e in ragione di una proporzionalità nella realizzazione degli obiettivi perseguiti.

(61) Direttiva n. 123 del 2006, recepita dall'Italia con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59.

(62) Gli artt. 8 e 12 del d.lgs. n. 59/2010 prevedono, infatti, quali ragioni di interesse pubblico la sicurezza, l'ordine pubblico, l'incolumità pubblica, la sanità, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari dei servizi e dei lavoratori, l'equità nelle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale.

(63) TAR Toscana, cit., n. 1592/2017.

(64) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5174. Sull'argomento, si veda V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 254, che riporta le conclu-

Pertanto, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile. Solo in questo modo sussisterebbero chiari elementi sintomatici della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi⁶⁵.

Ma, ed è questo il punto principale della questione, occorre stabilire preventivamente l'obiettivo da perseguire e il risultato da ottenere, perché la proporzionalità, ponendosi quale «criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine» (art. 23, legge n. 262/2005), collega chiaramente il potere amministrativo all'interesse pubblico e rende inevitabile l'elaborazione di una strategia amministrativa per il conseguimento di tale interesse.

La traduzione concreta di quanto sopra esposto assumerebbe le forme di un'attività amministrativa finalizzata alla redazione di un'intesa regionale-comunale, dalla quale si evinca in modo esplicito il progetto da realizzare e che non ponga divieti commerciali di insediamento nel centro storico rivolti esclusivamente alle imprese di un solo settore merceologico, considerandole come maggiormente contributive dell'aumento del degrado urbano e fornendo indirettamente un significativo vantaggio economico a tutti gli altri operatori, con un'evidente disparità di trattamento.

Peraltro, un'intesa amministrativa che contenesse l'obbligo di porre in vendita determinati prodotti locali dovrebbe essere considerata illegittima, poiché contrastante con il principio di non discriminazione, di proporzionalità e di libera circolazione delle merci. In questo caso, è evidente che la suddetta imposizione risulterebbe essere svincolata da esigenze di tutela e promozione dell'interesse culturale (quantomeno dirette) e affonderebbe la sua ragion d'essere soltanto in considerazioni di carattere economico.

sioni dell'Avvocato generale Dutheillet sul principio di proporzionalità: «l'individuo non deve avere la sua libertà di azione limitata al di là di quanto è necessario per l'interesse generale».

(65) Così, Cons. Stato, sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964.

5. *Rilievi conclusivi*

Le osservazioni fin qui svolte permettono di tracciare le seguenti considerazioni conclusive. In primo luogo, uno degli scopi del presente lavoro è stato quello di sottolineare la diversità terminologica con la quale i testi normativi esaminati si esprimono nel rendere la nozione di “centro storico”. Alcuni mettono in evidenza il concetto di patrimonio culturale immateriale e soggettivo, altri, invece, sono strettamente legati ad una definizione materiale ed oggettiva del medesimo bene comune.

Ne discende una fondamentale differenza nell'individuazione dell'oggetto da tutelare, che può consistere, da un lato, nel solo valore culturale ovvero, dall'altro, anche nel bene materiale che racchiude tale valore. L'eterogeneità dell'oggetto da salvaguardare diventa rilevante nel momento in cui le misure di conservazione e valorizzazione predisposte per un tipo perdono efficacia se utilizzate per la tutela e la promozione dell'altra tipologia di oggetto.

Peraltro, la compresenza di una pluralità di discipline normative (già a partire dalla Costituzione), dello stesso grado o aventi efficacia gerarchica differente, produce incertezza nell'individuazione del quadro regolatorio applicabile ed indecisione nella predisposizione di legittime misure di tutela e valorizzazione⁶⁶.

(66) Sulla situazione generale di caos normativo, derivante dal frenetico moltiplicarsi di norme particolari e contingenti e di interpretazioni disparate, si rinvia ai contributi di S. COTTA, *Il valore del sistema*, in *Diritto e società*, 3-4, 1984, p. 397 ss. e S. PIRAINO, *Il diritto nel rapporto dinamico fra la sentenza e la legislazione. La vitalità dei rapporti fra diritto, sentenza e norma di fronte alla crisi dell'ordinamento*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 10, 2001, p. 1113 ss. Gli Autori evidenziano che il panorama normativo (già dagli anni '80) è contrassegnato dal disordine del sistema delle fonti, con norme che vengono varate più per esigenze pratiche immediate che secondo un modello organico, al quale si aggiunge il fenomeno della internazionalizzazione e regionalizzazione delle discipline settoriali, che rende ancor più incerto il quadro regolatorio. Si è rotta «la necessaria dialettica tra durata e innovazione del diritto». In questo caos normativo, la giurisprudenza è chiamata ad una funzione sempre più incisiva e il suo rapporto con l'interpretazione delle norme si rafforza e diviene quasi inevitabile. Tuttavia, l'eterogeneità delle interpretazioni concernenti uno stesso tema nuoce fortemente alla credibilità e all'autorevolezza delle spiegazioni fornite alla comunità di riferimento. Peraltro, sullo stesso tema, si segnala M. CAMMELLI, *Città d'arte tra autonomia e regimi speciali*, in *Aedon*, 2, 2015, che rileva la necessità di una differenziazione non normativa, bensì amministrativa, «contenendo e facendo arretrare la legge a principi sostanziali e procedurali generali e riservando il resto all'amministrare, vale a dire (come si dice nei classici) alla messa a punto della regola destinata al caso concreto, ciò che costituisce nello stesso tempo la premessa dell'autonomia, dell'autogoverno e della stessa responsabilità degli apparati tecnici e amministrativi».

La salvaguardia cumulativa determinata dalla contiguità delle funzioni di tutela e valorizzazione (come precisato nella sentenza della Corte costituzionale n. 140/2015) ha ragion d'essere soltanto se i contorni delle disposizioni normative inerenti la protezione del centro storico sono ben definiti e ben delineato è l'oggetto sul quale i loro effetti ricadono⁶⁷. In sostanza, occorre che le norme paesaggistiche, ambientali, urbanistiche ed economiche siano fondate sui medesimi presupposti e condividano gli stessi obiettivi di tutela e valorizzazione dei centri storici italiani⁶⁸; in mancanza, le azioni predisposte porteranno esclusivamente effetti negativi, risultando non coordinate verso il conseguimento di un obiettivo unitario.

(67) Già soltanto con riferimento al raccordo tra gli artt. 4, 12, 13, 20, 45 e 52 del Codice dei beni culturali e del paesaggio si potrebbero formulare ampie considerazioni in ordine al mancato coordinamento di tali disposizioni normative a seguito dei recenti interventi legislativi. Infatti, secondo C.P. SANTACROCE, *Le limitazioni all'esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, in *Riv. giur. urb.*, 3, 2016, p. 108, «l'eventuale consolidarsi di quell'orientamento giurisprudenziale inaugurato dal TAR Lazio, e con esso la ivi predicata sussistenza di un rapporto di specie a genere tra le disposizioni di cui al comma 1-ter dell'art. 52, da un lato, e quelle di cui agli artt. 12, 13, 20 e 45, dall'altro, spoglierebbe il MIBACT di qualsivoglia autonomo potere di limitazione di quelle attività commerciali su aree pubbliche assoggettate a vincolo culturale (diretto o indiretto), suscettibili di arrecare un qualche pregiudizio alla loro integrità o al loro decoro. A quel punto, infatti, ogni specificazione a contenuto commerciale di quel divieto generale di adibizione dei beni culturali ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico posto nell'art. 20 del Codice, dovrebbe inevitabilmente passare per il tramite della disciplina di cui al nuovo comma 1-ter dell'art. 52: vale a dire, per una collaborazione e condivisione obbligata della misura limitativa tra Ministero, Regione e Comune, o quantomeno per obbligate e serie trattative». L'Autore, peraltro, prosegue a pagina 110 affermando che «l'opzione interpretativa proposta dal Tribunale amministrativo romano appare poco convincente perché non compatibile con i principi generali cui è informato il sistema italiano di tutela dei beni culturali. *In primis*, con quel principio che trova sanzione legislativa nell'art. 4 del Codice, (...) il quale affida inequivocabilmente le funzioni amministrative di tutela del patrimonio culturale, in ispecie dei beni culturali, allo Stato». Sul tema è interessante richiamare anche il contributo di A. BARTOLINI, *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p. 93 ss., il quale ha posto bene in luce come la «volontà di inserire il patrimonio storico e artistico tra i valori primari e fondanti del nostro ordinamento fu ispirata dalla preoccupazione di evitare una regionalizzazione della tutela [...] [la quale] avrebbe portato al prevalere degli interessi particolari».

(68) Come sottolinea G. SEVERINI, *Centri storici: occorre una legge speciale o politiche speciali*, in *Aedon*, 2, 2015, non occorrono altre leggi, aggiuntive rispetto a quelle attuali (che appaiono già numerose), ma sono necessarie politiche differenti, che abbiano come obiettivo principale quello di far riacquistare ai centri storici la «vitalità perduta», con conseguente ripopolamento delle medesime aree, abbandonando l'utilizzo di strumenti oppositivi basati solo sulla coercizione ed impiegando mezzi innovativi finalizzati ad accrescere la qualità della vita.

In secondo luogo, la sussistenza di numerose fonti normative implica l'esistenza di una pluralità di soggetti che si devono occupare della salvaguardia dei centri storici o che, quantomeno, possiedono per Costituzione una serie di competenze idonee ad incidere, direttamente o indirettamente, nella materia della tutela e della valorizzazione del patrimonio culturale.

Aver posto sullo stesso piano, da un lato, gli interessi territoriali e, dall'altro, quelli economici (*ex artt.* 9, 41, 42 Cost.) ha comportato l'equivalenza dei ruoli svolti dalle pubbliche amministrazioni per il perseguimento di tali interessi e, così facendo, si è posta un'amministrazione alle dipendenze di un'altra. Infatti, la decisione amministrativa è divenuta il frutto di un'attività di mediazione tra le parti coinvolte nella stipula dell'intesa⁶⁹, da assumere con ponderazione di tutti gli interessi prospettati a seguito di apposito bilanciamento costituzionale. Il bilanciamento, com'è noto, provoca il minor sacrificio possibile dei beni costituzionali oggetto di valutazione comparativa, ma in ogni caso determina una cospicua perdita dell'essenza dei medesimi, producendo un'attenuazione ed una relativizzazione dell'efficacia delle azioni di promozione ad essi destinate. Infine, si deve dare atto della progressiva incoerenza dell'ordinamento interno rispetto a quello europeo sotto il profilo della tutela degli interessi sensibili. Mentre l'ordinamento europeo ha moltiplicato le decisioni in favore di una sicura applicazione dei c.d. "motivi imperativi di interesse generale" a discapito della tutela del principio della libera concorrenza, l'ordinamento nazionale, in seguito alle ultime e recenti riforme legislative, sembra aver abbandonato questa filosofia di fondo e aver innescato un percorso inversamente proporzionale⁷⁰. Si assiste, invero,

(69) La dipendenza e le relazioni tra amministrazioni per la stipula dell'intesa devono comunque ritenersi "deboli" in virtù dell'art. 4 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (così C.P. SANTACROCE, *Le limitazioni all'esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, cit., p. 109, nota n. 129), anche se l'ordinamento, in ossequio al principio di leale collaborazione, impone che le procedure volte a raggiungere l'intesa siano configurate in modo che l'assunzione unilaterale dell'atto da parte dell'autorità centrale non sia mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa entro un determinato periodo di tempo, ma sia il frutto di adeguate (e reiterate) trattative al fine di superare le divergenze tramite l'utilizzo di specifici strumenti di mediazione (in tal senso, Corte cost., n. 239/2013, n. 179/2012 e n. 165/2011).

(70) Sul tema, si rinvia a M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Cultura e attività commerciali*, cit. L'Autrice sottolinea, infatti, che le ultime riforme (d.lgs. n. 222/2016, d.lgs. n. 127/2016, legge n. 124/2015) approvate in Italia hanno portato ad una «distorsione dell'impalcatura legislativa non più posta a garanzia degli interessi sensibili, ma coinvolgente valutazioni che assai scarsamente li con-

ad un depotenziamento del valore primario dell'interesse sensibile e ad una sua (non piena) equiparazione con l'interesse ordinario, riducendo in tal modo quella forte specialità che lo ha sempre contraddistinto. Se questi rappresentano solo alcuni dei rilievi critici che si potrebbero formulare con riferimento alla tutela del patrimonio culturale e, segnatamente, dei centri storici italiani, altre sono le considerazioni sulle soluzioni da poter adottare per porre rimedio.

Anzitutto, sarebbe utile ripartire proprio dall'art. 9 della Costituzione e dal concetto di patrimonio culturale, al fine di restituire forza e pregnanza a tale interesse sensibile e assegnargli nuovamente un certo valore culturale all'interno del nostro sistema giuridico. I metodi per attuare questo proposito sono molteplici, a cominciare dalla realizzazione di apposite riforme di potenziamento degli apparati delle pubbliche amministrazioni competenti alla cura dell'interesse culturale. Occorre, invero, mantenere speciali procedure di verifica di tale interesse, connotate da tempi più dilatati di conclusione, e controllare il carico complessivo delle p.a., riallocando il personale competente con idonea qualificazione. La specializzazione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni potrebbe risultare un valore aggiunto, permettendo di valutare le questioni amministrative prese in carico con più frequenza e, conseguentemente, con maggiore competenza e professionalità.

Altresì, occorrerebbe ripensare ad una riforma della Costituzione nella parte relativa al riparto di competenze, al fine di unire la tutela e la valorizzazione considerandole quali funzioni da assegnare ad un unico ente territoriale. D'altronde, all'unitarietà delle funzioni non può che seguire l'unicità del soggetto pubblico competente ad attuarle; e, ai sensi dell'art. 145 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, tale ente territoriale potrebbe essere individuato nella Regione, titolare per legge di

siderano». Si sta assistendo ad un progressivo ridimensionamento «della specialità e della speciale considerazione degli interessi sensibili», ad una «dequotazione» della loro tutela, considerato che, in alcuni casi, la protezione speciale di tali interessi è rinviata ad una fase successiva all'assunzione della decisione amministrativa (quindi, in sede di autotutela o di opposizione). Sul piano normativo, ciò è dimostrato ad esempio dalla fattispecie di silenzio interamministrativo di cui all'art. 17-bis della legge n. 241/1990. Secondo F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in *Federalismi.it*, 20, 2015, si tratta in questo caso di «una guerra di logoramento degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari».

una potestà pianificatoria gerarchicamente sovraordinata rispetto a tutti gli altri strumenti di pianificazione esistenti, sia generali che settoriali. Infatti, il piano paesaggistico, suddividendo il territorio regionale in ambiti paesaggistici, sarebbe in grado di predisporre tutele differenziate in ragione degli eterogenei valori culturali e ambientali racchiusi all'interno di tali aree e, al contempo, assicurerebbe un certo livello di uniformità nel rispetto degli *standard* minimi di conservazione dell'esistente. L'azione di tale piano, tuttavia, non sarebbe da sola sufficiente a tutelare e valorizzare il patrimonio culturale italiano, ma occorrerebbe intervenire anche sull'altro versante, quello relativo al rapporto tra la materia della libera concorrenza, di esclusiva competenza legislativa statale, e la materia del commercio, di competenza residuale regionale. Si renderebbe necessaria l'unificazione di tali materie, considerati gli inevitabili intrecci che le stesse mostrano di possedere. L'arbitraria frantumazione dei rispettivi contenuti derivante dalla duplicazione dei soggetti autorizzati ad intervenire in materie così affini non può che obbligare i legislatori, statale e regionale, ad un costante e continuo coordinamento, non sempre fattibile e realizzabile. L'ente territoriale a cui attribuire la futura materia unificata potrebbe essere individuato nella Regione⁷¹, in considerazione del fatto che le competenze in materia di commercio sono le sole in grado di incidere direttamente sui beni costituenti il patrimonio culturale nazionale, essendo la tutela della concorrenza, all'opposto, un ambito disciplinare idoneo a produrre effetti diretti soltanto nell'ampliamento o nella restrizione del numero degli operatori commerciali. Inoltre, la Regione avrebbe la possibilità, tramite il piano paesaggistico (nella forma del Piano urbanistico-territoriale con specifica considerazione dei valori paesaggistici), di occuparsi anche della elaborazione indiretta di contenuti economici, stabilendo apposite misure di coordinamento con i piani, i programmi ed i progetti nazionali e regionali di sviluppo economico⁷².

(71) Si tratterebbe di una materia di competenza legislativa concorrente, all'interno della quale i principi fondamentali (quali, ad esempio, quello della libera concorrenza) verrebbero decisi in sede statale, mentre le norme di dettaglio sarebbero stabilite dalle singole Regioni in base alle diverse esigenze territoriali.

(72) Come prevede l'art. 145, comma 2, del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Una soluzione del predetto tenore avrebbe ricadute positive nella materia dei beni culturali sia in relazione all'agevole individuazione dell'autorità competente al controllo delle attività commerciali sia in ragione dell'utilizzo di un solo strumento, seppur altamente complesso, per la disciplina normativa di tali attività.

La semplificazione, da principio astratto e difficilmente applicabile, si trasformerebbe in regola concreta e pienamente operativa, riassumibile sinteticamente nel principio «un territorio, un piano, un'autorità»⁷³.

Occorre, dunque, prendere atto che il problema che sta segnando il centro storico è eterogeneo rispetto a quelli passati, incentrati prevalentemente sull'individuazione degli strumenti pianificatori in grado di regolare le condizioni urbanistiche ed igieniche delle città. Attualmente, invece, è necessario confrontarsi con le dinamiche economico-finanziarie sviluppatasi in tali aree territoriali, con particolare riferimento al turismo, alla produzione artigianale e al commercio, nel rapporto che queste attività hanno instaurato con la gestione del patrimonio culturale.

Il dibattito pubblico dovrà proporre determinate riflessioni sulle trasformazioni urbane in divenire. Un confronto, quindi, multidisciplinare che guardi agli aspetti sociali, economici e culturali che fanno parte dell'identità di una città e che, in un processo di rigenerazione, dovranno necessariamente essere conosciuti e affrontati per comprendere e assecondare i cambiamenti in corso. Sempre, però, tenendo presente che il tema relativo ad una più efficace conservazione dei centri storici in rapporto alle attività commerciali si intreccia inevitabilmente con il problema di fondo della sovrabbondanza di norme e dell'esistenza di un sistema di competenze disorganico.

Si deve auspicare, pertanto, una revisione strutturale delle discipline normative impattanti sul centro storico, finalizzata, da un lato, a dare preminenza al valore culturale menzionato nell'art. 9 della Costituzione e, dall'altro lato, a garantire linearità e chiarezza di contenuti, nonché coerenza e complementarità dei ruoli delle pubbliche amministrazioni per l'effettiva salvaguardia di tale area urbana.

(73) Sul tema, si rinvia per approfondimenti a P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Giuffrè, 2018, p. 220 ss. L'Autore, infatti, sottolinea che «l'unificazione» non rappresenterebbe «un problema di semplice soluzione», ma «l'obiettivo della certezza e della chiarezza non può prescindere dalla *reductio ad unitatem* dei molteplici piani oggi esistenti».

Le pouvoir d'abrogation et de retrait de l'acte administratif et ses conséquences sur le contrat public

Sofia Gentiloni Silveri

Il presente studio di diritto comparato affronta una problematica nazionale relativa all'istituto dell'autotutela amministrativa e al diritto dei contratti pubblici, rectius degli appalti e delle concessioni. La questione oggetto di esame, che riveste una specifica rilevanza nell'ordinamento italiano, è quella della sorte del contratto per effetto dell'esercizio dell'autotutela su un atto prodromico al contratto. Lo studio analizza, in primo luogo, gli istituti dell'annullamento d'ufficio e della revoca nell'ordinamento italiano e francese, mostrando le difficoltà di rinvenire una perfetta analogia tra gli istituti in questione. Si sofferma, in secondo luogo, sulla problematica della sorte del contratto per esercizio dell'autotutela amministrativa. Infine, si interroga sull'influenza del diritto dell'Unione europea in materia di appalti e concessioni, che potrebbe condurre sempre più ad un ravvicinamento dei diritti nazionali e delle prassi del settore.

1. Introduction

La présente étude de droit comparé illustre une problématique nationale qui porte à la fois sur la sortie de vigueur des actes administratifs et sur le droit des contrats (principalement administratifs).

La question qui se pose en droit italien, notamment avant la transposition des directives européennes sur la passation des marchés publics et des concessions, concerne l'effet sur le contrat du pouvoir d'abrogation/retrait des actes administratifs unilatéraux préalables à sa passation. En effet, en Italie, le pouvoir d'abrogation et de retrait de l'administration sur l'acte administratif (en droit italien «*potere di annullamento d'ufficio e di revoca*» aussi appelé «*potere di autotutela*»¹⁾) a sou-

(1) Le pouvoir d'*autotutela* peut être traduit comme pouvoir de légitime défense ou d'auto-protection.

vent été utilisé après la signature d'un contrat administratif, c'est-à-dire dans la phase de son exécution.

L'étude procède d'abord par l'analyse du pouvoir unilatéral de l'administration sur l'acte administratif avec une approche comparatiste. L'exercice de ce pouvoir sur l'acte préalable au contrat conduit à s'interroger sur le sort qui sera réservé à ce dernier.

L'étude cherche à montrer également, par le biais d'une comparaison entre l'Italie et la France, la difficulté de trouver des correspondances exactes entre moyens nationaux différents et leur terminologie. Elle tend aussi à révéler l'influence du droit de l'Union européenne en matière d'exécution des contrats publics qui peut conduire à un rapprochement des droits nationaux.

2. Le pouvoir d'abrogation et de retrait en droit italien et français

2.1. Le cadre légal du pouvoir d'abrogation et de retrait: la procédure administrative non contentieuse italienne

Tout exercice du pouvoir de l'administration doit être légalement fondé. En effet, l'action administrative est régie par le principe de légalité. La loi est le fondement du pouvoir de l'administration et le système italien ne prévoit pas la jurisprudence comme source du pouvoir de l'administration, à la différence du droit français où il arrive que «l'administration se voit tenue d'agir en vertu du seul droit jurisprudentiel»². Cela implique qu'en France, le principe de légalité est interprété de manière plus vaste qu'en droit italien, parce qu'il couvre aussi la source jurisprudentielle.

La loi peut conférer un pouvoir discrétionnaire ou une compétence liée. En Italie, le *potere d'annullamento d'ufficio e di revoca* est un pouvoir discrétionnaire qui est considéré comme un type de compétence réglementée. En effet, l'action discrétionnaire doit respecter des règles juridiques (comme les règles de la procédure administrative *id est* l'obligation de motivation pour les décisions administratives unilatérales, etc.)

(2) G. TIMSIT, *Compétence liée et principe de légalité*, Recueil Dalloz, 1964, 1-cronique, p. 217.

et des règles d'opportunité³. Cette clarification apparaît nécessaire car, en France, la notion de pouvoir discrétionnaire est controversée⁴ et une doctrine récente estime que la théorie du pouvoir discrétionnaire doit être abandonnée⁵.

En Italie, les dispositions légales instituant les pouvoirs *d'annullamento d'ufficio e di revoca* qui sont rassemblés dans la notion du pouvoir d'autoprotection (*autotutela amministrativa*), se retrouvent dans la loi n. 241/1990 sur la procédure administrative non contentieuse⁶. La loi confère à l'*autotutela amministrativa* une portée générale, ce qui permet son utilisation même là où les lois ne le spécifient pas.

Plus précisément, la loi n. 241/1990 fixe les règles de l'action administrative, mais des procédures spéciales peuvent y déroger. Elle s'impose pour l'édition des actes administratifs individuels et assure des garanties pour les citoyens qui se rapportent à l'administration⁷. La loi règle toutes les phases de la procédure: l'initiative (qui peut être privée ou *ex officio*); l'instruction, où la participation des parties et le respect du contradictoire sont assurés; la conclusion en forme unilatérale, incluant aussi un silence-acceptation, ou par un accord⁸.

(3) En outre, en Italie, on distingue le pouvoir discrétionnaire administratif du pouvoir d'évaluation technique. Ce dernier est généralement appelé «*discrezionalità tecnica*», mais dans la doctrine (M. Clarich) et dans certains arrêts du Conseil d'Etat, il est nommé «*valutazioni tecniche*», pour mieux mettre en évidence l'absence de la volonté, typique du pouvoir discrétionnaire, et la présence d'un jugement technique. Pour approfondir: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015, pp. 64-67; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, pp. 42-47.

(4) Selon le Timsit, le pouvoir discrétionnaire se caractérise par l'absence d'une loi réglementant l'action de l'administration, alors que la compétence liée est un type de compétence réglementée. G. TIMSIT, *Compétence liée et principe de légalité*, cit., p. 218.

(5) C. VAUTROT-SCHWARZ, *Avons-nous encore besoin de la théorie du pouvoir discrétionnaire?*, en *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 639.

(6) En Italie il y a deux termes différents pour indiquer la procédure administrative non contentieuse et la procédure administrative contentieuse: «*il procedimento amministrativo*» pour la première et «*il processo amministrativo*» pour la deuxième.

(7) G. DELLA CANANEA, *Droit de la procédure administrative: le modèle italien*, in J.B. AUBY (ed.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruylant, 2016, p. 91.

(8) Dans le droit italien, les contrats administratifs ne sont pas prévus dans la loi n. 241/1990, mais dans le code des marchés publics.

La loi sur la procédure administrative envisage aussi l'invalidité de l'acte administratif, elle s'inspire, en effet, du code civil et prévoit la possibilité de son annulation ou de sa nullité selon le vice de l'acte administratif⁹. Comme en droit privé, l'inexistence juridique, qui est discutée en doctrine, est un concept absent dans la loi italienne en question.

Les vices qui entraînent l'annulation de l'acte individuel, conformément à l'article 21-*octies*, alinéa 1, l. 241/90, sont la violation de la loi, le détournement de pouvoir et l'incompétence; ils légitiment un recours au juge administratif (code de procédure contentieuse administrative, art. 30) et permettent aussi à l'administration de procéder d'office à l'annulation de l'acte, c'est-à-dire d'utiliser le pouvoir *d'annullamento d'ufficio*.

En droit français, on retrouve plutôt l'annulation des actes administratifs pour cause d'illégalité (externe ou interne) et l'inexistence juridique qui porte à la déclaration d'inexistence de l'acte¹⁰. Néanmoins, même après la codification de la procédure administrative non contentieuse, tous les vices de légalité ou d'inexistence sont implicitement considérés et l'on ne saurait en trouver une codification générale.

2.2. *Comparaison entre les pouvoirs de retrait et d'abrogation en France et en Italie dans le cadre européen*

Les pouvoirs *d'annullamento d'ufficio e di revoca*, réglés par la loi sur la procédure administrative n. 241/1990, ne correspondent pas exactement aux pouvoirs d'abrogation et de retrait en droit français.

En effet il y a une difficulté de traduction de ces termes à cause de la différence de leurs présupposés. Il en résulte que dans le cadre de l'Union européenne coexistent plusieurs définitions du pouvoir de l'administration de réexaminer un acte déjà adopté.

(9) L'article 21-*septies* de la loi n. 241/90 prévoit la nullité de l'acte dans les cas suivants: absence d'un élément essentiel de l'acte ; violation de l'autorité de la chose jugée; incompétence (considérée comme violation de la règle qui désigne la compétence parmi les divers pouvoirs de l'Etat); au titre d'autres cas énumérés par la loi.

(10) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15 éd, p. 1014.

a) *En droit européen*

Au niveau communautaire, le pouvoir de réexaminer un acte déjà adopté a été initialement réglé par la jurisprudence. Dans les premiers arrêts en la matière, la Cour de Justice a utilisé le terme «*retrait*», spécifié par l'adjectif «*rétroactif*» ou «*non rétroactif*», mais on retrouve aussi des termes généraux comme «*retirer*» ou «*révision*»¹¹.

Le droit européen reconnaît le principe général selon lequel la possibilité de retirer de manière rétroactive (retrait rétroactif) un acte illégal qui a créé des droits est admise «notamment lorsque l'acte administratif en cause a été adopté sur la base d'indications fausses ou incomplètes fournies par l'intéressé», mais aussi sous réserve du respect d'un délai raisonnable et de la confiance légitime du bénéficiaire de l'acte qui a pu se fier à la légalité de celui-ci¹².

Inversement, un acte administratif individuel légal est en principe irrévocable¹³.

Parfois ce pouvoir de réexaminer devient une obligation: dans l'arrêt *Kühne&Heitz NV*¹⁴, par exemple, la Cour de Justice a indiqué les circonstances qui impliquent l'obligation de retirer une décision contraire au droit communautaire (obligation de révision comme conséquence de «l'inconventionnalité» des actes administratifs)¹⁵.

(11) Cour de Justice, *Affaire SNUBAT* 1959; Cour de Justice, *Affaire Hoogovens c. Haute Autorité* 1961.

(12) Arrêt du tribunal (première chambre) du 18 septembre 2015, *Deutsche Post / Commission* (T-421/07 RENV) (cf. points 4547). Voir aussi, *Arrêt du 18 octobre 2011, Reisenbel / OHMI – Dynamic Promotion* (Cageots et paniers) (T-53/10, Rec._p._II-7287) (cf. point 40); arrêt du 12 septembre 2007, *González y Díez/Commission*, T25/04, Rec, Eu:T:2007:257, point 97 et jurisprudence citée.

(13) Arrêt de la Cour du 12 juillet 1957, *Affaire Algerae a. c. Assemblée commune*.

(14) Arrêt de la Cour du 13 janvier 2004, *Affaire C-453/00, Kühne&Heitz NV*.

(15) Les circonstances, dans lesquelles l'organe administratif est tenu de réexaminer la décision afin de tenir compte de l'interprétation de la disposition pertinente du droit communautaire retenue entre-temps par la Cour, sont les suivantes: premièrement, le droit national reconnaît à l'organe administratif la possibilité de revenir sur la décision en cause au principal devenue définitive. Deuxièmement, celle-ci n'a acquis son caractère définitif qu'à la suite d'un arrêt d'une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel. Troisièmement, cet arrêt était fondé sur une interprétation du droit communautaire qui était, au vu d'un arrêt postérieur de la Cour, erronée et avait été retenue sans que celle-ci ait été saisie à titre préjudiciel dans les conditions prévues à l'article 234, paragraphe 3, Ce. Qua-

b) En droit français

En France, le retrait des actes illégaux a été réglé, initialement, par la jurisprudence du Conseil d'État à partir de l'arrêt *Dame Cachet* de 1922 et, seulement en 2016, par le législateur dans le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

Aujourd'hui, la jurisprudence codifiée par le CRPA distingue les pouvoirs d'abrogation et de retrait sur la base de leurs effets : si la disparition juridique s'applique seulement pour le futur on parle d'abrogation, si elle concerne aussi le passé, il s'agit d'un retrait.

Cette différence entre abrogation et retrait doit tenir compte de la nature de l'acte administratif, celui-ci peut être une décision créatrice de droits ou un acte réglementaire/acte non réglementaire non créateur de droits.

Pour le premier type d'acte, la décision créatrice de droits, les règles de l'abrogation et du retrait sont les mêmes.

La règle générale prévoit la possibilité pour l'administration (l'obligation si la demande émane du bénéficiaire) d'abroger/retirer l'acte *ex officio* à deux conditions: i) acte illégal; ii) délai de 4 mois.

Le retrait et l'abrogation sont également possibles sans que soient réunis ces conditions si la demande émane du bénéficiaire et a pour conséquence de remplacer la décision initiale par une autre plus favorable sans que cela ne porte atteinte aux droits des tiers.

Pour le deuxième type d'acte, l'acte non créateur de droits, il y a deux règles générales: l'une pour l'abrogation, qui est toujours possible si l'acte est légal et devient obligatoire si l'acte est illégal ou dépourvu d'objet; l'autre pour le retrait qui a comme condition préalable que l'acte soit illégal et que le délai de 4 mois soit respecté.

c) En droit italien

En Italie, la distinction entre *l'annullamento d'ufficio* et *la revoca* se rapporte aux conditions préalables à ces pouvoirs: *l'annullamento d'ufficio* est prononcé pour l'acte illégal et *la revoca* l'est pour l'acte légal.

trièmement, l'intéressée s'est adressée à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de cet arrêt de la Cour.

En principe, *l'annullamento d'ufficio* est rétroactif et *la revoca* est non-rétroactif. La rétroactivité de *l'annullamento d'ufficio* étant une règle coutumière, elle n'est pas codifiée dans la loi n. 241/1990 et il est possible d'y déroger.

Le pouvoir *d'annullamento d'ufficio* est similaire au pouvoir de retrait de droit français. En effet, le retrait des actes créateurs de droits a été pensé comme un substitutif de l'annulation contentieuse et a été soumis au même délai temporel du recours contentieux par la décision *Dame Cachet*¹⁶.

En droit italien seul l'acte illégal peut être annulé, soit par le juge soit par l'administration (*annullamento d'ufficio*), la loi n. 241/90 listant les cas d'illégalité de l'acte.

L'exercice de ce pouvoir est soumis à deux conditions supplémentaires: l'existence de motifs d'intérêt public, et le respect d'un délai. En premier lieu, l'administration doit préciser les motifs d'intérêt public qui fondent sa décision dans l'acte d'annulation et elle doit procéder à une balance des différents intérêts en jeu. Cette obligation de motivation est compatible avec la notion italienne de pouvoir discrétionnaire. En second lieu, la loi n. 241/1990, comme modifiée par la loi Madia 2015¹⁷, a prévu un délai temporel de 18 mois pour les «décisions d'autorisation ou d'attribution d'avantages économiques», en dehors des cas où ils sont obtenus par fraude, et a laissé le délai «raisonnable» pour toutes les autres décisions.

Avant la loi Madia de 2015, la référence à un délai raisonnable pour *l'annullamento* de tous les types d'actes permettait à l'administra-

(16) Dans l'arrêt Ce, 3 novembre 1922, n. 74010, *Dame Cachet*, c'est affirmé: «le ministre peut encore, même après l'expiration de ces délais et tant que le Conseil d'Etat n'a pas statué, annuler lui-même l'acte attaqué dans la mesure où il a fait l'objet dudit recours, et en vue d'y donner satisfaction, mais qu'il ne saurait le faire que dans les limites où l'annulation a été demandée par le requérant et sans pouvoir porter atteinte aux droits définitivement acquis par la partie de la décision qui n'a dans les délais été ni attaquée ni rapportée». Voir aussi: *Code des relations entre le public et l'administration*, Annoté & Commenté, Dalloz, 2016, p. 158.

(17) La loi Madia n. 124/2015, dans la perspective de simplification de l'action administrative a apporté des modifications à la loi sur la procédure administrative, mais elle concerne aussi l'organisation de l'administration et, en particulier, elle prévoit une réforme des sociétés et des dirigeants publics.

tion d'utiliser son pouvoir *d'annullamento d'ufficio* parfois bien après l'adoption de l'acte.

Il peut être intéressant de comparer la notion française de «décisions créatrice de droits» avec la notion italienne de «décisions d'autorisation ou d'attribution d'avantages économiques». Le terme italien d'autorisation est utilisé dans un sens général et comprend toutes les décisions favorables, tous les actes qui permettent d'exercer un service libéralisé ou privatisé¹⁸. Mis à part les termes choisis par les deux ordres juridiques, la démarche apparaît similaire et se résume à la détermination des actes qui peuvent se définir comme créateurs de droits.

Généralement, le respect d'un délai temporel est apprécié en ce qu'il rééquilibre le rapport personne privée/administration: tout comme l'administré ne peut saisir le juge indéfiniment, l'administration ne peut pas indéfiniment annuler l'acte, même illégal.

Alors que *l'annullamento d'ufficio* concerne l'acte illégal, le pouvoir de *revoca* est utilisé seulement sur une décision légale qui est cependant considérée inopportune. La loi 241/1990 spécifie les motifs d'inopportunité, c'est-à-dire: pour des raisons d'intérêt public postérieures; pour des circonstances de fait postérieures qui n'étaient pas prévisibles quand l'acte a été adopté; pour une nouvelle évaluation de l'intérêt public originaire (*ius poenitendi*), exclusion faite des décisions d'autorisation ou d'attribution d'avantages économiques (cette limitation du *ius poenitendi* a été ajoutée en 2014).

La loi générale prévoit, en cas d'utilisation du pouvoir de *revoca*, la possibilité d'une indemnisation (qui n'est pas intégrale car elle couvre seulement le *damnum emergens*) des préjudices subis par les bénéficiaires de l'acte retiré. Cette indemnisation suffit pour protéger la confiance légitime de l'administré dans l'exercice du pouvoir de *revoca*¹⁹.

Ce pouvoir de *revoca* semble ne pas avoir d'équivalent en droit français. En effet, on ne peut lui assimiler l'abrogation de droit français car celle-ci peut avoir pour objet un acte illégal.

(18) Cons. Stato, par., 30 marzo 2016, n. 839, en www.giustizia-amministrativa.it.

(19) En revanche, dans l'exercice du pouvoir d'*annullamento d'ufficio* la protection de la confiance légitime est assurée par l'indication des motifs d'intérêts public et par le respect du délai temporel.

Le terme *revoca* pourrait se traduire littéralement par le terme révocation. Néanmoins, ce dernier est généralement utilisé dans d'autres contextes²⁰. On retrouve: la révocation d'une personne, dans le droit de la fonction publique ou dans les relations privées (par ex. la révocation d'un fonctionnaire ou la révocation d'un mandataire); la révocation d'un acte, dans le droit privé (ex. révocation d'un testament, révocation d'une donation pour cause d'ingratitude); la révocation d'un avantage normalement à titre de sanction²¹. Dans ces cas, la révocation n'est généralement pas libre (ni discrétionnaire), mais se fonde sur des motifs étrangers à l'acte.

Ceci étant dit, le seul cas d'abrogation/retrait d'une décision légale, créatrice de droits, impose comme conditions préalables la demande du bénéficiaire et son remplacement par une décision plus favorable au bénéficiaire, sans atteinte aux droits des tiers (art. L. 242-4 du Code de relations entre le public et l'administration). Dans ce cas, il n'y a pas de liens avec *la revoca* italienne.

3. *Le sort du contrat*

3.1. *Les solutions données par la jurisprudence à la problématique italienne et la position du nouveau code des marchés publics*

La description du pouvoir *d'annullamento d'ufficio e di revoca* avec une approche comparatiste semble nécessaire pour mieux comprendre la portée de la problématique italienne. Dans quelle mesure *l'annullamento d'ufficio* et *la revoca* de l'acte administratif préalable peuvent-ils compromettre la validité du contrat?

Pour statuer, la jurisprudence italienne prend en considération le type de contrat et d'acte administratif préalable, ainsi que les motifs invoqués par l'administration pour le retrait de la décision, c'est-à-dire de légalité (*annullamento d'ufficio*) ou d'opportunité (*revoca*).

(20) Néanmoins, le terme «révocation» a été quelque fois entendu au sens large comme désignant soit l'abrogation soit le retrait. Le Plessix a utilisé, dans son traité, le mot «révocation des décisions administratives» pour évoquer le retrait et l'abrogation des actes administratifs. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2016, p. 1086.

(21) G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 11 éd., 2016, p. 931.

D'abord, le Conseil d'État a étendu l'effet de l'invalidité automatique par ricochet (*caducazione automatica*) utilisée dans une relation entre deux actes administratifs, au cas d'un contrat et de l'acte administratif préalable ayant fait l'objet d'un *annullamento d'ufficio*. Cette solution a été adoptée dans le champ des marchés publics et de la délégation de service public²². Elle est aussi applicable lorsque l'acte administratif préalable a fait l'objet d'une *revoca*.

Cependant dans le contexte des sociétés mixtes, où l'associé privé est choisi suite à une procédure administrative de mise en concurrence des candidats, le Conseil d'État a considéré, dans un *obiter dictum*, que l'*annullamento d'ufficio* de la passation n'implique pas une invalidité par ricochet automatique du contrat de société. C'est au juge judiciaire que revient le pouvoir de déterminer le sort du contrat (avec la possibilité de prononcer une invalidité dérivée du contrat)²³.

En 2014, le Conseil d'État, en séance plénière, a adopté deux importants arrêts.

En matière de contrats *d'interest rate swap*, stipulés par les collectivités territoriales, le Conseil d'État, bien qu'il ait confirmé la jurisprudence précédente sur l'invalidité par ricochet en conséquence de l'*annullamento d'ufficio/revoca* de l'acte administratif, s'est attardé sur la question de la nature de l'acte préalable au contrat. Dans le cas examiné, il a considéré qu'en absence d'une procédure administrative (il n'y avait pas une offre à évaluer ou une négociation), l'acte préalable au contrat était un acte de droit privé. Il s'est donc déclaré incompétent au profit du juge judiciaire²⁴.

Le Conseil d'État a été aussi interrogé sur la possibilité pour l'administration d'utiliser le pouvoir de *revoca* dans le contexte des marchés publics. Il a relevé que le Code des marchés publics prévoit la résiliation unilatérale du contrat de marché public aux mêmes conditions préa-

(22) Cons. Stato, sez. III, n. 2802/2013; Cons. Stato, sez. V, n. 11/2011, n. 5032/2011, n.1998/2010. Cette jurisprudence a été confirmé par Cons. Stato, Ad. plen., n. 14/2014.

(23) Cons. Stato, Ad. plen., n. 10/2011.

(24) Cons. Stato, Ad. plen., n. 13/2014.

lables que la *revoca* de l'acte administratif, c'est-à-dire pour des raisons d'intérêt public postérieures.

Le Conseil d'État a alors établi le principe par lequel après la signature du contrat de marché public, l'administration ne peut plus invoquer le pouvoir de la *revoca* (qui sert à abroger l'acte légal) pour provoquer l'invalidité par ricochet du contrat. L'administration peut seulement utiliser la résiliation unilatérale. En revanche, il a confirmé la thèse selon laquelle, *l'annullamento d'ufficio* de l'acte préalable provoque l'invalidité automatique du contrat²⁵.

Le nouveau code des contrats publics, *decreto legislativo* du 19 avril 2016 n. 50, mis à jour par le décret correctif adopté le 19 avril 2017²⁶, qui a transposé les directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, a prévu la résiliation unilatérale pour tous les contrats de marché public. Il a également prévu la possibilité de la résolution du contrat même quand le contractant aurait dû être exclu de la procédure, c'est-à-dire dans un cas d'illégalité de la passation.

En conséquence, la résiliation unilatérale du contrat empêche la *revoca* de l'acte préalable et l'invalidité par ricochet du contrat, comme la jurisprudence l'avait déjà affirmé. La résolution pourrait, de son côté, éviter l'utilisation de *l'annullamento d'ufficio* de l'acte préalable et son effet sur le contrat dans le cas prévu par le Code.

Néanmoins, dans le cadre des contrats de concession, le nouveau code, après sa modification par le décret correctif, prévoit, en plus de la résolution pour faute du concessionnaire ou de l'administration, et de la résiliation, les pouvoirs *d'annullamento d'ufficio e di revoca* sur l'acte préalable, qui comportent l'anéantissement du contrat. Il faut aussi noter que le code affirme que, dans ce cas, le délai du pouvoir d'abrogation/retrait, introduit par la loi Madia, ne s'applique pas.

(25) Cons. Stato, Ad. plen., n. 14/2014, suivie par Cons. Stato, sez. III, n. 5026/2016 et par Cons. Stato, sez. III, n. 1310/2017.

(26) En particulier, le Gouvernement a utilisé la possibilité, prévue par la loi, d'adopter des décrets correctifs et intégratifs dans un délai d'un an depuis l'adoption du nouveau code.

3.2. *Le traitement de la problématique en droit français: la théorie de l'acte détachable et la résiliation du contrat administratif*

Cette problématique italienne semble faire écho à celle des conséquences de l'annulation des actes détachables du contrat. Néanmoins, cette question se posait à propos de l'annulation de l'acte administratif par le juge, et non de l'abrogation ou du retrait de l'acte par l'administration, c'est-à-dire par voie d'un recours.

En effet, l'invalidité du contrat par ricochet, en conséquence du retrait/abrogation de l'acte préalable, ne se retrouve pas en droit substantiel français: c'est probablement parce que i) le délai du pouvoir de retrait ou abrogation, en cas d'illégalité de l'acte préalable au contrat, est très court (il a une durée de 4 mois); ii) l'invalidité du contrat par ricochet demeure un moyen du droit procédural.

En droit italien, le code de procédure contentieuse administrative règle le cas de l'annulation par le juge. L'annulation de la passation entraîne l'inefficacité d'office du contrat dans certaines circonstances (*i.e.* graves violations du droit) et la simple possibilité de cette inefficacité dans les autres cas²⁷. Le terme «inefficacité» a été choisi pour souligner le fait que l'annulation de l'acte préalable empêche seulement le contrat de produire ses effets, sans se prononcer sur la nature du vice affectant ce contrat.

En droit français, l'annulation de l'acte détachable était un moyen pour le tiers de provoquer la nullité/annulation²⁸ du contrat qui lui était défavorable. Ainsi, dans l'arrêt *Cité cable Est*²⁹, un contrat a été annulé à la demande d'un tiers suite à l'annulation d'un acte préalable par le juge. Il n'empêche que le juge disposait d'une certaine liberté pour prononcer la nullité en fonction du motif d'annulation de l'acte détachable et de la relation entre ce dernier et le contrat³⁰ ou encore du type de vice

(27) Voir les articles 121 et 122 du code de la procédure contentieuse administrative. En effet, ces règles nationales transposent la Directive 2007/66/CE relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics.

(28) L'arrêt «*Béziers I*» (CE Ass. 28 décembre 2009 Commune de Béziers) a substitué la notion d'annulation à celle de nullité.

(29) CE Section, 20 octobre 2000.

(30) Pour une étude de cette matière, voir F. LLORENS, *Les conséquences de la nullité des mar-*

affectant le contrat. Cette solution était liée au fait qu'auparavant seules les parties du contrat pouvaient attaquer le contrat. Pour y remédier, le Conseil d'État, dans l'arrêt *Martin*, avait admis le recours pour excès de pouvoir d'un tiers contre l'acte détachable³¹. Cette solution est caduque depuis que le Conseil d'État a admis la possibilité d'un recours direct contre le contrat, d'abord pour une certaine catégorie de tiers (les concurrents évincés)³², puis pour tous les tiers lésés³³.

Cependant, la théorie de l'acte détachable n'a pas totalement disparu. Indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers, le Conseil d'État a très récemment reconnu pour les tiers la possibilité de contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, la légalité de l'acte administratif portant sur l'approbation du contrat; c'est-à-dire seulement pour contester des vices propres à l'acte d'approbation lui-même³⁴.

Pour résumer, les effets sur les contrats du pouvoir *di revoca* ou *d'annullamento d'ufficio* sur l'acte administratif préalable au contrat en droit italien, semblent rappeler les effets de l'annulation par le juge de l'acte détachable au contrat. En effet, les pouvoirs d'abrogation et du retrait en droit français ne sont pas utilisés pour atteindre le contrat. On retrouve plutôt le pouvoir de l'administration de résiliation du contrat administratif pour des raisons d'intérêt général ou pour faute grave du co-contractant.

Ce pouvoir est unilatéral et existe aussi si le contrat ne le prévoit pas parce qu'il est considéré comme une «règle générale applicable aux

chés publics et des délégations de service public, en *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, 592, 2002, p. 571.

(31) Ce, 4 août 1905, *Martin*, Rec. CE 1905, p. 749 concl. *Romieu*.

(32) Ce, Assemblée, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*.

(33) Arrêt d'Assemblée du 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne c/Bonhomme*.

(34) Dans ce cas les parties ont demandé d'annuler le décret d'approbation du contrat et d'enjoindre de saisir le juge du contrat, afin que l'annulation du contrat soit prononcée, mais les requêtes ont été rejetées pour l'absence d'une atteinte directe et certaine aux intérêts des parties. Ce, 23 décembre 2016, *Association Etudes et consommation CERV du Languedoc-Roussillon et Association ARAC Montpellier*, n° 392815, 392819, B.

contrats administratifs³⁵. C'est alors une faculté de l'administration, qui en présence d'un motif d'intérêt général, peut mettre fin au contrat avant son terme, et sous réserve d'une indemnisation du cocontractant³⁶.

Le problème devient la fixation du montant de l'indemnisation, qui peut être prévu dans une clause contractuelle, et qui, en principe, ne peut pas être supérieure au préjudice subi réellement. S'agissant d'une comparaison avec le droit italien, le cas «*écotaxe*»³⁷, relative à la résiliation d'un contrat portant sur le financement, la conception, la réalisation, l'entretien, l'exploitation et la maintenance du dispositif nécessaire à la collecte, à la liquidation et au recouvrement de l'écotaxe poids lourds, conclu entre l'État français et *Autostrade per l'Italia* (le même cocontractant qui aujourd'hui est impliqué dans l'affaire du pont autoroutier de Gênes avec l'État italien), doit être rappelé. En effet, l'évaluation des conséquences économiques du pouvoir de résiliation, qui est matière du droit national, nécessite un approfondissement à part entière.

Dès lors, pour ce qui concerne la résiliation du contrat, la transposition des directives sur la passation des marchés publics et sur les concessions en droit national, respectivement par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, ne semble pas avoir eu un effet très novateur.

(35) CE, 2 mai 1958, *Distillerie de magnac-Laval*; CE, 31 juillet 1996, n. 126594, *Sté des téléphériques du massif du Mont-Blanc*.

(36) Voir: L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, 10 éd., LGDJ, 2015, p. 423; L. RICHER, F. LICHÈRE, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 10 éd. 2016, p. 250; M. UBAUD-BERGERON, *Droit des contrats administratifs*, Lexis Nexis, 2015, p. 364. Selon le Plessix: «il est curieux de faire relever des règles générales applicables aux contrats administratifs, indépendantes et l'emportant sur les prévisions contractuelles, le pouvoir de résiliation unilatérale mais non son corollaire, l'indemnisation du cocontractant, alors que, historiquement, pour le Conseil d'État lui-même et ses membres les plus éminents, l'un ne va pourtant pas sans l'autre». B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Lexis Nexis, 2016, p. 1248.

(37) Voir: S. MARTIN, *Écotaxe – Les conséquences de la suspension de l'écotaxe*, en *Revue de droit des transports*, 4, 2013, comm. 72, Lexis360; Id., *La fin de l'écotaxe*, en *Revue de droit des transports*, 4, 2013, comm. 72, Lexis360; F. ROLIN, *Le contrat de partenariat «écotaxe», symptôme d'un Etat impotent*, en *AJDA*, 2013, p. 2225. Voir aussi https://www.lemonde.fr/economie/article/2015/01/02/l-etat-paie-au-prix-fort-son-revirement-sur-l-ecotaxe_4548458_3234.html.

4. *Vers un rapprochement des droits nationaux ?*

Dans les prérogatives de l'administration sur les actes administratifs on retrouve *l'annullamento d'ufficio* et *la revoca* en droit italien et le pouvoir d'abrogation et de retrait pour ce qui concerne le droit français. Ceux-là ne coïncident pas totalement.

En effet, *l'annullamento d'ufficio* est utilisé en cas d'illégalité initiale de l'acte administratif individuel et il est rétroactif, alors que *la revoca* est utilisée pour des motifs d'opportunité postérieurs et n'aura d'effets que pour le futur.

En revanche, la distinction entre l'abrogation et le retrait concerne principalement les effets; les deux sont utilisables quand l'acte est illégal.

En droit italien l'administration n'avait pas, en général, de prérogatives directes sur le contrat de marchés publics ou de concessions³⁸; l'exécution de ces derniers étant en principe régie par le droit privé. Elle passait donc par *l'annullamento d'ufficio* et *la revoca* de l'acte administratif préalable pour provoquer des conséquences sur le contrat.

Néanmoins, le nouveau code des contrats publics, qui transpose la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et la directive 2014/23/UE sur les concessions, a prévu pour tous les contrats de marché public la résiliation unilatérale et leur résolution dans certains cas d'illégalité de la passation. Par conséquent, la première reprend la place de la *revoca*, et la seconde, pourrait se substituer à *l'annullamento d'ufficio*. En réalité, le décret correctif du nouveau code mentionne aussi le pouvoir de *l'annullamento d'ufficio* (mais pas de *la revoca*). C'est-à-dire que pour les marchés publics, il reste l'alternative de la résolution du contrat ou de l'utilisation du pouvoir *d'annullamento d'ufficio* sur l'acte préalable au contrat.

Dans le cadre des contrats relatifs aux concessions, le code a prévu la résolution de la concession, mais il a aussi souligné que l'administration peut utiliser son pouvoir *d'annullamento d'ufficio/revoca*. Par conséquent, il y aura la possibilité de contester directement la concession (à travers la résolution) ou d'attaquer son acte préalable (avec le pouvoir *d'annullamento d'ufficio e di revoca*).

(38) En réalité, le Code de 2006 prévoyait le pouvoir de résiliation pour des motifs d'intérêts général uniquement pour les contrats de marchés publics. Voir: par. 3.1.

L'administration française, par contre, ne s'est jamais servie de l'abrogation/retrait de l'acte préalable pour contester le contrat de marché public et de concession. Elle a toujours utilisé directement son pouvoir spécial de résiliation unilatérale pour la protection de l'intérêt général. Ce pouvoir, qui est utilisable pour tous les contrats administratifs, est l'un des principes généraux du droit et a été aussi codifié dans le cadre des marchés et des concessions.

En conclusion, il semble que les systèmes italien et français tendent à se rapprocher: si la pratique de *l'annullamento d'ufficio/revoca* n'a pas été effacée, la résiliation (pratiquée en France) et la résolution, qui sont des pouvoirs directs sur le contrat, ont été prévues par le code italien. Ce rapprochement semblerait être le fruit du droit européen qui a réglé la phase d'exécution des marchés et des concessions et, en particulier, la résiliation/résolution du contrat. Les conséquences économiques de ces pouvoirs dans le contexte des marchés publics et des concessions nécessitent, quant à elles, de faire l'objet d'un débat distinct.

L'interpretazione adeguatrice della legge rinforzata sull'equilibrio di bilancio di Regioni ed Enti locali

Ramona Cavalli

Le disposizioni della legge rinforzata, che ha rango di legge ordinaria, sono considerate norme interposte utilizzabili come parametri di raffronto nel giudizio di costituzionalità, perché enunciano vincoli di coordinamento. In tal senso la legge rinforzata è idonea ad imporre alle autonomie speciali limiti all'indebitamento, limitatamente al suo ambito di competenza.

1. La legislazione anticrisi italiana e l'impatto sull'autonomia finanziaria. Gli orientamenti della Corte costituzionale sul coordinamento della finanza pubblica

La grande crisi finanziaria esplosa nel 2007 si è ripercossa in vario modo sui sistemi federali e regionali¹.

Mentre negli Usa hanno avuto un ruolo attivo le politiche anticongiunturali che, anziché puntare al principio di pareggio di bilancio, hanno messo a tema una versione capace di ricomporre efficienza, autonomia e cooperazione dello stesso² ma senza sconvolgerne gli equilibri consolidati³, in Europa invece è stata imposta una soluzione monetarista, im-

(1) Cfr. L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in *Rivista AIC*, 1, 2018, p. 1 ss.

(2) A. PIN, *La sovranità in America. Il federalismo alla corte suprema, dalle origini alla crisi economica contemporanea*, Padova, Cedam, 2013, p. 122 ss.

(3) Cfr. S. MANGIAMELI, *La nuova parabola del regionalismo italiano: tra crisi istituzionale e necessità di riforme*, in www.issirfa.cnr.it. Si vedano le opinioni espresse da J. Kennedy nel caso *Bond v. United States*, in 131 S. Ct. 2355, 180 L. Ed. 2d 269, 564 U.S. 211, 2011 U.S. LEXIS 4558. Si legga anche la decisione della Corte Suprema, *NGBI v. Sebelius sul Patient Protection and Affordable Care Act*, in 567 U.S. 519 (2012).

prontata all'*enforcement* delle *fiscal rules* e alla sfiducia verso la politica, che ha determinato una maggiore spinta verso la ricentralizzazione⁴. In Germania, poi, il federalismo tedesco è sopravvissuto alla crisi perché sussiste un consolidato assetto costituzionale, che stabilisce le basi imponibili di spettanza dei *Länder* e dei Comuni, e che attribuisce al *Bundesrat* un ruolo significativo a presidio dell'autonomia⁵. In Italia, invece, l'incompiuta riforma del Titolo V della Costituzione non ha potuto controllare la caotica legislazione anticrisi⁶, determinando un parziale declino del principio autonomistico⁷.

Anche la Consulta si è pronunciata spesso in tema di coordinamento della finanza pubblica, evidenziando le degenerazioni prodotte dalla legislazione anti-crisi, provvedendo a interpretazioni adeguatrici e, soprattutto, sottolineando i punti sui quali sono auspicabili urgenti riforme.

In particolare, due pronunce della Consulta chiariscono la tematica in questione: la n. 370/2003 e la n. 188/2016. Nella prima, a fronte dell'innattuazione del cd. federalismo fiscale, si affermava che «la attuazione dell'art. 119 Cost. [è] urgente al fine di concretizzare davvero quanto previsto nel nuovo Titolo V della Costituzione, poiché altrimenti si verrebbe a contraddire il diverso riparto di competenze configurato dalle nuove disposizioni». La seconda, conseguentemente, è pervenuta ad una grave conclusione: «può dunque dirsi che il legislatore statale, durante l'ampio percorso di attuazione della riforma fiscale previsto dalla legge n. 42 del 2009, abbia prima fissato regole costituzionalmente corrette afferenti ai meccanismi di funzionamento delle relazioni finanzia-

(4) Cfr., anche per riferimenti bibliografici sul punto, L. ANTONINI, *I vincoli costituzionali al pareggio di bilancio*, in Id. (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 13 ss.

(5) Il federalismo era stato oggetto della riforma del 2006 e di quella della costituzione finanziaria del 2009, le cui regole di fatto stanno alla base del Meccanismo europeo di stabilità e del *Fiscal Compact*: cfr. S. MANGIAMELI, *La nuova parabola del regionalismo italiano: tra crisi istituzionale e necessità di riforme*, in *www.issirfa.cnr.it*. Si veda anche G. CARBONI, *Lo stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, p. 2 ss.

(6) Cfr. A. CAROSI, *La corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, p. 1 ss.

(7) Sulla quale cfr. G.C. DE MARTIN, *Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari problematici*, in *questa Rivista*, 1, 2014, p. 29 ss.

rie tra lo Stato e le autonomie territoriali in materia tributaria ma, successivamente, abbia determinato un quadro opaco ed autoreferenziale per quel che concerne le dinamiche applicative del riparto del gettito». In alcuni casi, la stessa Corte costituzionale ha inciso profondamente sul principio autonomistico⁸, lasciando indenne da censure il blocco statale della autonomia impositiva regionale e locale, addirittura imposto a prescindere dall'imminenza di importanti riforme, tra cui il patto di stabilità o la legge n. 42 del 2009. Infatti, il comma 26 dell'art. 1 della legge di stabilità per il 2016, oggetto della pronuncia n. 135/2017, lo aveva stabilito in forza del motivo, esclusivamente politico e dunque gravemente lesivo dell'autonomia politica locale, di precludere un aumento della pressione fiscale complessiva⁹.

Un diverso indirizzo¹⁰ ha contribuito, in seguito, alla corretta valorizzazione del principio autonomista, richiamando il legislatore statale a un serio esercizio delle proprie responsabilità di «custode della finanza pubblica allargata», perché «per più esercizi consecutivi – anche dopo l'adozione di piani di rientro sanitario – è stato consentito alle stesse [Regioni] di approvare bilanci di previsione e rendiconti fondati sull'applicazione di crediti non accertati nelle forme di legge e di avanzi di amministrazione».

In sostanza, la Corte ha denunciato la recente prassi anomala del «federalismo clientelare»¹¹, sviluppatosi in Italia a causa della mancanza di adeguati assetti istituzionali funzionali a gestire con trasparenza il rapporto con le autonomie territoriali, che consiste in una serie di transa-

(8) Cfr. Corte cost., 7 giugno 2017, n. 135.

(9) La citata disposizione della legge di stabilità per il 2016 ha bloccato il potere di manovra degli enti territoriali sui tributi propri (le leggi di bilancio 2017 e 2018 ne hanno poi disposto la proroga) in forza del motivo meramente politico, di «contenere il livello complessivo della pressione tributaria». Poco condivisibile appare quindi la sbrigativa motivazione con cui la sentenza n. 135 del 2017 si risolve per l'inammissibilità della censura regionale, fondandola anche sul fatto che la deroga (al blocco) di cui all'art. 1, comma 174, della legge n. 311/2004, «parrebbe (sic!) consentire in prima battuta alla stessa Regione (e, dunque, in prevenzione rispetto al commissariamento) di adottare le misure necessarie per farvi fronte e, tra queste, gli aumenti tributari».

(10) Cfr. Corte cost., 4 aprile 2017, n. 107.

(11) Cfr. L. ANTONINI, *I segni dei tempi: dal Veneto al Molise quale futuro per il regionalismo italiano?*, in *Federalismi.it*, 4, 2017.

zioni occulte, dovute anche a una «discrezionalità silenziosa»¹², per cui una Regione viene favorita perché asseconda la linea politica del Governo e un'altra, magari virtuosa, è penalizzata.

Poco condivisibile appare, quindi, la motivazione con cui la sentenza n. 135 del 2017 della Consulta si pronuncia nel senso dell'inammissibilità della censura regionale, fondandola anche sul fatto che la deroga al blocco di cui all'art. 1, comma 174, della legge n. 311/2004, «parrebbe consentire in prima battuta alla stessa Regione (e, dunque, in prevenzione rispetto al commissariamento) di adottare le misure necessarie per farvi fronte e, tra queste, gli aumenti tributari»¹³.

Successivamente, la sentenza n. 154 del 2017 ha dovuto poi sottolineare la scorrettissima prassi del legislatore statale di incidere «a ripetizione» sulla capacità di spesa delle Regioni nell'ambito dei diritti dello Stato sociale, invitando il legislatore ad evitare iniziative le quali, anziché ridefinire il quadro delle relazioni finanziarie tra lo Stato, le Regioni e gli Enti locali, si limitino ad estendere l'ambito temporale di precedenti manovre, sottraendo di fatto al confronto parlamentare la valutazione degli effetti complessivi di queste ultime.

A distanza di poco tempo, poi, la Corte con la sentenza n. 169 del 2017¹⁴ ha denunciato, per la prima volta, l'assenza nell'ordinamento italiano di una «doverosa separazione del fabbisogno LEA dagli oneri degli altri servizi sanitari», sottolineando che tale situazione potrebbe causare la violazione degli artt. 32 e 117, secondo comma, lettera *m*), Cost., «nei casi in cui eventuali disposizioni di legge trasferiscano "a cascata",

(12) Ad esempio, le stesse decisioni statali di impugnazione delle leggi regionali non appaiono caratterizzate da adeguata trasparenza. Così, il Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 12 del 10.02.2016 dichiara che il Governo, mentre ha deciso l'impugnazione di due leggi regionali (legge Regione Veneto n. 28 del 13/12/2016 e legge Provincia Bolzano n. 25 del 12/12/2016), ha deliberato di non impugnare altre diciannove leggi regionali. Mentre riguardo alle prime due leggi sono rese note le ragioni dell'impugnativa, nessuna argomentazione è spesa riguardo ai motivi della non impugnazione delle altre diciannove leggi regionali.

(13) Si veda quanto già riportato nella nota n. 12.

(14) La Corte richiama anche la pronuncia della Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275 secondo cui «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Cfr., su quest'ultima sentenza, L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti «invalidabili» alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 6, 2016, p. 2340 ss.

attraverso i diversi livelli di governo territoriale, gli effetti delle riduzioni finanziarie sulle prestazioni sanitarie costituzionalmente necessarie (in tal senso sentenza n. 275 del 2016)»¹⁵.

Infine, si rappresenta anche la sentenza n. 245 del 2017, con cui la Consulta ha dichiarato infondata l'impugnativa statale sull'art. 1, comma 4, lettera *d*), della legge regionale Sardegna n. 25 del 2016, con cui la Regione istituiva una apposita società diretta a esercitare un controllo più efficiente sulle entrate di propria competenza in conformità a quanto previsto dallo Statuto. Infatti, la Consulta ricorda che le prerogative del legislatore statale non comportano «anche l'esonero per lo Stato dall'obbligo di rendere ostensibili e confrontabili i dati necessari per una corretta attuazione del precetto costituzionale, inerente alla salvaguardia delle risorse spettanti all'autonomia speciale».

2. La sentenza n. 247 del 2017 e l'interpretazione adeguatrice della legge rinforzata sull'equilibrio di bilancio di Regioni ed Enti locali

Secondo la teoria generale del sindacato sulle leggi la Corte pronunciando una sentenza interpretativa adeguatrice delimita la disposizione legislativa in un senso compatibile con la Costituzione, dando luogo ad una sentenza interpretativa di rigetto. Tali effetti di natura correttiva si configurerebbero come sentenze di accoglimento della questione di diritto prospettata di diritto¹⁶.

In particolare l'interpretazione adeguatrice, a livello costituzionale, comunitario e sui principi universali CEDU, è ascrivibile al più ampio *genus* delle interpretazioni conformi¹⁷, attraverso cui il giudice investito di ec-

(15) Sulla sentenza cfr., *amplius*, L. ANTONINI, *Il diritto alla salute e la spesa costituzionalmente necessaria; la giurisprudenza accende il faro della Corte*, in *Federalismi.it*, 22, 2017.

(16) Cfr. G. LOMBARDI, *Sentenze correttive di rigetto della Corte costituzionale come sentenze di accoglimento in rapporto al punto di diritto*, in *Giur. it.*, I, 1961, p. 1153 ss.; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, p. 983 ss.

(17) Il Giudice delle leggi ha precisato che, in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali, specificando che i giudici non possono abdicare all'interpretazione adeguatrice e che, nell'adempimento del compito di interpretare le norme di cui devono fare applicazione, di fronte a più possibili interpretazioni di un sistema normativo, essi sono tenuti a scegliere quella che risulti conforme a Costituzione (Cfr. Corte cost., 23 marzo 1994, n. 121).

cezione di costituzionalità la respinge rinvenendo nell'ordinamento un significato ermeneutico costituzionalmente orientato della disposizione contestata conforme alla Costituzione (*secundum constitutionem*)¹⁸.

In generale nella dichiarazione di incostituzionalità di una norma di legge «ricavata» o «proposta» in virtù dei tradizionali canoni ermeneutici, la Corte ritiene prevalente l'argomento della interpretazione conforme a Costituzione elevandolo ad espressione di principio costituzionale¹⁹. Infatti, nelle sentenze o ordinanze interpretative di rigetto la Consulta decide di non procedere alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale, ma procede ad un'interpretazione alternativa, traendo dalla disposizione una norma diversa, giudicata conforme, o la sola conforme, ai principi della Carta fondamentale nei sensi e nei modi chiariti nella motivazione²⁰.

In tal senso, le decisioni interpretative di rigetto non hanno valore vincolante in quanto sprovviste dell'efficacia *erga omnes* attribuita dall'articolo 136, comma 1 Cost. alle sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una norma di legge, permanendo tuttavia il vincolo di carattere negativo che impedisce di applicare la norma nel significato giudicato incostituzionale²¹.

(18) Cfr. A. D'ATENA, *Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenze interpretative della Corte costituzionale*, Relazione conclusiva al Seminario "Corte costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici", Corte costituzionale, Roma, 6 novembre 2009, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/06_11_09_DAtena.pdf; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. (Annali)*, IX, Milano, 2016, p. 462 ss.; R. BIN, *L'interpretazione conforme. due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1, 2015, p. 1 ss.

(19) Cfr. F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, p. 1 ss., secondo cui la regola attuale è quella che attribuisce al giudice comune il compito di verificare, all'interno del suo giudizio, la praticabilità di interpretazioni rispettose del dettato costituzionale, salvo l'estremo rimedio della rimessione quando l'esperimento delle adeguate opzioni ermeneutiche sia risultato vano. La Consulta si fa garante dell'assolvimento di questo obbligo, vigilando sui casi di omissione anche del semplice tentativo di questa attività. Cfr. Corte cost., 13 febbraio 2014, n. 23, in *Giur. cost.*, 2014, p. 341 ss. e Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46, *ivi*, 2013, p. 2397 ss.

(20) Cfr. V. MARINELLI, *Le decisioni c.d. «interpretative» della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 365 ss., ritiene che le decisioni interpretative corrispondono a due modi generali di un sillogismo disgiuntivo; le decisioni interpretative di rigetto si conformano al modo con premessa assertoria affermativa (*modus ponendo tollens*), e quelle di accoglimento si conformano al modo con premessa assertoria affermativa.

(21) Cfr. Cass. pen., S.U., 17 maggio 2004, n. 23016, in *Giur. it.*, 2005, p. 579 ss.; Cass. civ., S.U., 16 dicembre 2013, n. 27986, in *Foro amm. C.d.S.*, 2013, p. 378 ss.

Per i principi contabili, in particolare, si applica la regola dell'interpretazione conforme a Costituzione, secondo la quale, in presenza di ambiguità o anfibologie del relativo contenuto, occorre dar loro il significato compatibile con i parametri costituzionali²². In tale ottica, la Consulta si è pronunciata anche nel senso che, considerata la complessità tecnica delle regole di redazione dei bilanci degli enti territoriali, caratterizzati da un alto grado di analiticità e, talvolta, da un rilevante *deficit* di chiarezza, tali regole devono essere assoggettate a interpretazione adeguatrice quando un loro potenziale significato possa entrare in collisione con i fondamentali principi di copertura della spesa e di equilibrio del bilancio contenuti nell'art. 81 Cost. e con gli altri precetti finanziari di rango costituzionale²³.

In materia di equilibrio dei bilanci delle Regioni e degli Enti locali, l'indirizzo prevalente della Corte Costituzionale è quello del riconoscimento della incostituzionalità di importanti articoli della stessa legge rinforzata n. 243 del 2012, con particolare riferimento all'art. 10, comma 5, sulle modalità del potere sostitutivo dello Stato in materia di indebitamento²⁴ e dell'art. 11, comma 1, sul concorso dello Stato al finanziamento dei livelli essenziali²⁵.

Tuttavia, recentemente, a seguito dei ricorsi promossi dalle Province autonome di Bolzano e di Trento, dalle Regioni autonome Trentino-Alto

(22) Cfr. Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 279, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2397 ss. e Corte cost., 12 ottobre 2016, n. 219, *ivi*, 2018, p. 1769 ss. In particolare, R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 486 ss. hanno rilevato, che siffatto genere di sentenze adeguatrici sono divenute piuttosto frequenti nei giudizi principali promosse dalle Regioni, in via cautelativa, allo scopo di vincolare il Governo nel dare attuazione alle previsioni legislative e precostituire il terreno per sollevare eventuali conflitti di attribuzione.

(23) Cfr. Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 274, in www.cortecostituzionale.it, che, tra l'altro, ricorda come la copertura economica delle spese ed equilibrio del bilancio sono due facce della stessa medaglia, dal momento che l'equilibrio presuppone che ogni intervento programmato sia sorretto dalla previa individuazione delle pertinenti risorse. In particolare, poi, l'elevata tecnicità degli allegati di bilancio e il conseguente *deficit* in termini di chiarezza, devono essere necessariamente compensati, in sede di approvazione del rendiconto, da una trasparente, corretta, univoca, sintetica e inequivocabile indicazione del risultato di amministrazione e delle relative componenti di legge.

(24) Cfr. Corte cost., 6 dicembre 2017, n. 252.

(25) Cfr. Corte cost., 10 novembre 2017, n. 235, che ne dichiara l'incostituzionalità per violazione della riserva di legge rinforzata.

Adige/Südtirol e Friuli Venezia Giulia e dalla Regione Veneto, la Corte costituzionale con la sentenza n. 247 del 2017 si è pronunciata contro l'art. 1, comma 1, lettera *b*), della legge 12 agosto 2016, n. 164²⁶, che introduce il comma 1-*bis*²⁷ nell'art. 9 della legge 24 dicembre 2012, n. 243 («Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio ai sensi dell'articolo 81, 6 comma, Cost.»).

In via preliminare, la Consulta ha ritenuto ammissibile l'impugnazione della legge n. 243 del 2012 perché, pur trattandosi di una legge «rinforzata», in ragione della maggioranza parlamentare richiesta per la sua approvazione ai sensi dell'art. 81 Cost., essa ha comunque il rango di legge ordinaria²⁸, e in quanto tale trova la sua fonte di legittimazione, oltre ai suoi limiti, nella legge cost. n. 1 del 2012 di cui detta la disciplina attuativa²⁹. Le disposizioni della legge rinforzata sono considerate norme interposte utilizzabili come parametri di raffronto perché enuncia-

(26) È opportuno ricordare che la legge rinforzata n. 164 del 2016 è stata oggetto di altre due sentenze della Corte costituzionale. La prima, n. 235 del 2017 ha dichiarato illegittimo l'art. 3, comma 1, lettera *a*), della legge n. 164 perché si limita a demandare «a una futura legge ordinaria ciò che essa stessa avrebbe dovuto disciplinare, degradando così la fonte normativa della disciplina – relativa alle modalità del concorso statale al finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali inerenti ai diritti civili e sociali – dal rango della legge rinforzata a quello della legge ordinaria. Ne consegue l'elusione della riserva di legge rinforzata disposta dall'art. 81, sesto comma, Cost.». La seconda, n. 252 del 2017, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lettera *c*), della n. 164 nella parte in cui, nel sostituire l'art. 10, comma 5, della legge n. 243 del 2012, ha sostanzialmente demandato a un semplice decreto della Presidenza del Consiglio la determinazione della disciplina delle modalità degli scambi degli spazi finanziari tra Regioni ed Enti locali; nonché, l'illegittimità costituzionale del medesimo art. 2, comma 1, lettera *c*), della legge n. 164 del 2016, nella parte in cui, nel sostituire l'art. 10, comma 5, della legge n. 243 del 2012, prevede «ivi incluse le modalità attuative del potere sostitutivo dello Stato, in caso di inerzia o ritardo da parte delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano».

(27) Cfr. P. SANTORO, *La resilienza della legge rinforzata sugli equilibri di bilancio: moniti e correttivi della Consulta*, in <http://www.contabilita-pubblica.it/Archivio%202018/Dottrina/Pelino%20Santoro.pdf>.

(28) La dottrina, invece, aveva delineato in un sistema di recezione misto, fatto di norme costituzionali e subcostituzionali, queste ultime peraltro di forza superiore alla legge ordinaria, cfr. G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, Seminario "Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012", Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, in www.cortecostituzionale.it, p. 2 ss.

(29) Cfr. Corte cost., 10 aprile 2014, n. 88, *cit.*

no vincoli di coordinamento, come di fatto accade in tutti i casi in cui la legislazione regionale diventa oggetto di scrutinio di costituzionalità³⁰. La legge rinforzata rimane legge di attuazione del principio di equilibrio, essendo ad essa demandati i criteri per assicurare l'obiettivo del saldo di equilibrio³¹, tuttavia nei rapporti con le Regioni a Statuto speciale resta di rango sottordinato rispetto alla disciplina statutaria³².

In conclusione, la legge n. 243 ha solo una procedura di approvazione c.d. rinforzata, e può essere parametro nel giudizio di costituzionalità, perché è idonea ad imporre alle autonomie speciali i limiti all'indebitamento, la cui disciplina è espressamente riservata al suo ambito di competenza.

La complessiva declaratoria di non fondatezza della questione di incostituzionalità pronunciata con la sentenza n. 247 del 2017 e, dunque, di inammissibilità con conseguente salvezza nel novellato testo della legge rinforzata (art. 9, comma 1-*bis*), si pone in netto contrasto con le altre pronunce del Giudice delle leggi sopra menzionate che, invece, hanno intaccato l'unitaria disciplina attuativa del principio di equilibrio dei bilanci pubblici. La pronuncia procede a uno scrutinio separato del primo periodo e del secondo e terzo periodo, riguardanti, rispettivamente le voci rientranti tra le entrate finali e le spese finali, ai fini del calcolo del saldo di equilibrio non negativo e l'introduzione del fondo pluriennale vincolato, di entrata e di spesa.

2.1. L'avanzo di amministrazione rimane nella disponibilità dell'ente che lo realizza

Riguardo al primo aspetto sollevato solo dalla Regione Friuli Venezia Giulia, va precisato che l'assenza dell'avanzo di amministrazione tra le

(30) Cfr. Corte cost., 13 aprile 2017, n. 80, in *Giur. cost.*, 2017, p. 744 ss.; Corte cost., 11 gennaio 2017, n. 6, *ivi*, 2017, p. 20 ss.; Corte cost., 20 luglio 2016, n. 184, *ivi*, 2016, p. 1368 ss. Inoltre, la Corte cost., 10 novembre 2017, n. 137, ha ritenuto ammissibile che la legge rinforzata rinvi, a sua volta, per aspetti di dettagli a una successiva legge ordinaria.

(31) Cfr. G. PESCE, *La sostenibilità del debito pubblico della pubblica amministrazione nella nuova costituzione finanziaria dello stato*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2, 2015, p. 531 ss.

(32) Cfr. Corte cost., 10 novembre 2017, n. 137, cit.

cosiddette «entrate finali»³³ enumerate nell'impugnato art. 1, comma 1, lettera *b*), della legge n. 164 del 2016, ai fini del conseguimento dell'equilibrio di bilancio, nel collegamento con il successivo art. 2, comma 1, lettera *a*), determinerebbe l'effetto di sottrarre agli enti territoriali la piena disponibilità dei risultati di amministrazione positivi, destinandoli a «spazi finanziari» diversi dalla diretta utilizzazione spettante all'amministrazione che li realizza, dal momento che questa dovrebbe obbligatoriamente metterlo a disposizione delle intese sancite in ambito regionale per il rispetto, di comparto, del saldo di cui all'articolo 9, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 243³⁴.

Secondo tale interpretazione, la norma impugnata comporterebbe la preclusione a utilizzare l'avanzo di amministrazione «libero», al netto dei fondi vincolati, accantonati e destinati di cui all'art. 42 del d.lgs. n. 118 del 2011, pur dopo il suo accertamento nelle forme di legge.

La Consulta, tuttavia, nel condividere la lesività sull'autonomia regionale invocata dalla ricorrente, decide di utilizzare la tecnica interpretativa di rigetto, ritenendo possibile «un'interpretazione adeguatrice della disposizione in questione, in grado di escludere tale contrasto».

In particolare, si precisa che l'ente «può», ma non «deve», mettere a disposizione delle politiche regionali l'intero o anche una parte dell'avanzo, ma ne mantiene la piena disponibilità; pertanto, le risorse dell'avanzo di amministrazione degli enti territoriali non devono rimanere «congelate» in attesa dell'eventuale attivazione delle intese regionali, ma anzi possono essere da subito utilizzate dall'ente territoriale. Tale assunto si fonda sulla considerazione per cui la mancata previsione dell'avanzo di amministrazione tra le entrate disponibili deriva dal fatto che la norma contestata è riferita al momento di redazione del bilancio di previsione,

(33) La norma, infatti, individua, ai fini dell'equilibrio di bilancio, le entrate finali come quelle ascrivibili ai titoli 1, 2, 3, 4 e 5 dello schema di bilancio previsto dal d.lgs. n. 118 del 2011, vale a dire le entrate correnti di natura tributaria, contributiva e perequativa (titolo 1); i trasferimenti correnti (titolo 2); le entrate extratributarie (titolo 3); le entrate in conto capitale (titolo 4); le entrate da riduzione di attività finanziarie (titolo 5). Tra le entrate finali che possono essere prese in considerazione ai fini dell'equilibrio di bilancio non è quindi menzionato l'eventuale avanzo dell'esercizio precedente.

(34) Sui limiti già propri di questa normativa, cfr. F. GALLO, *Il principio costituzionale di equilibrio di bilancio e il tramonto dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali*, in *Rass. tribut.*, 6, 2014, p. 1199 ss.

mentre l'accertamento del risultato di amministrazione dell'anno precedente avviene ad esercizio inoltrato, con l'approvazione del rendiconto. Solamente dopo l'eventuale accertamento del risultato positivo, la risorsa può essere iscritta in bilancio, con apposita variazione in entrata ed in uscita, e con destinazione che, salvo casi eccezionali, dovrebbe essere rivolta a spese di investimento. Pertanto, la mancata iscrizione dell'avanzo di amministrazione nel bilancio di previsione deriva dalla fisiologia temporale della gestione contabile, nonché dal collegato principio di copertura della spesa, secondo cui qualsiasi intervento può essere realizzato solo dopo l'accertamento dell'esistenza della correlata risorsa. Inoltre, un'interpretazione vincolante del conferimento dell'avanzo verrebbe a costituire una contribuzione a carico del titolare dell'avanzo stesso in favore delle esigenze della finanza pubblica allargata, senza che ne sussistano gli estremi. Sul punto, è da condividere l'assunto che l'avanzo di amministrazione dell'esercizio precedente, una volta correttamente accertato e rappresentato nei rendiconti, diventa un elemento patrimoniale della Regione, che la norma impugnata, diversamente opinando, renderebbe indisponibile da parte dell'ente, generando una situazione equivalente alla sottrazione materiale di risorse, analogamente alla previsione di una riserva all'erario o di un accantonamento di entrata a valere sulle quote di tributi erariali di spettanza regionale³⁵.

Diversamente, ove si interpretasse la norma come imposizione di impiego dell'avanzo di amministrazione, l'operazione si configurerebbe come un contributo ai vincoli di finanza pubblica senza averne i necessari requisiti e presupposti, tra i quali è opportuno ricordare: a) la previa quantificazione; b) la proporzionalità rispetto alle condizioni economico-finanziarie dell'ente assoggettato; c) il puntuale collegamento alla manovra di finanza pubblica realizzata dallo Stato. D'altra parte, una determinazione provvisoria e unilaterale dello Stato su tale contribuzione è ammissibile solo quando la tempistica della manovra di finanza pubblica non consenta un previo contraddittorio ed una piena concertazio-

(35) Cfr. M. BELLIN, *L'utilizzabilità dell'Avanzo di Amministrazione e del Fondo Pluriennale Vincolato*, in *Azienditalia*, 3, 2018, p. 430 ss.

ne con le autonomie interessate³⁶. L'impiego dell'avanzo, quale contributo ai vincoli di finanza pubblica, sarebbe contrario altresì ai principi di eguaglianza e proporzionalità nella determinazione del sacrificio posto a carico dei singoli enti, poiché la sua dimensione sarebbe del tutto casuale e legata all'episodico concatenarsi delle varie dinamiche dei singoli bilanci. Inoltre, sul piano finanziario, penalizzerebbe senza motivazione le gestioni più meritevoli atteso che la realizzazione di un risultato positivo è di regola indice di una condotta virtuosa dell'ente territoriale, salvo il caso di gravi carenze nella prestazione dei servizi alla collettività³⁷.

Infine, vi è un ulteriore elemento interpretativo che si ricava dall'attuale formulazione dell'art. 97 Cost. Esso prevede che l'equilibrio di bilancio di ciascuna amministrazione sia prodromico al buon andamento ed all'imparzialità dell'azione amministrativa; la seconda parte del primo comma contempla, poi, la partecipazione di ogni amministrazione alla sostenibilità del debito pubblico che però, per i motivi esposti, non è configurabile in relazione alla norma impugnata.

Quindi, la Corte esclude che dalla struttura della norma si possa ravvisare un legittimo contributo alla sostenibilità del debito pubblico e, pertanto, conclude che l'avanzo di amministrazione non può essere oggetto di «prelievo forzoso» attraverso indirette prescrizioni tecniche come quelle impuginate dalla ricorrente. L'utilizzo della tecnica della interpretazione adeguatrice, motivata sui parametri costituzionali riferibili a tutto il complesso delle autonomie territoriali, vale quindi a estendere a tutti questi enti l'effetto della pronuncia.

In conclusione, poiché il risultato di amministrazione rientra nel concetto di equilibrio del bilancio (art. 97 Cost.), che corrisponde all'assenza di un disavanzo al termine dell'esercizio finanziario, il miglior rapporto tra equilibrio di bilancio e buon andamento dell'azione amministrativa risiede in un armonico perseguimento delle finalità pubbliche, attraverso

(36) Cfr. Corte cost., 10 febbraio 2015, n. 19.

(37) La successiva sentenza della Corte cost., 27 dicembre 2017, n. 252 ha confermato che la disposizione dell'art. 2, comma 1, lettera a) della legge n. 164 de 2016, non determina un effetto espropriativo perché i contenuti delle intese «sono rimessi alla disponibilità delle parti».

so il minor impiego possibile delle risorse acquisite mediante i contributi ed il prelievo fiscale.

2.2. La querelle del fondo pluriennale vincolato

Per quanto attiene al fondo pluriennale vincolato, la sentenza ne ricostruisce l'origine ricordando come questa sia una posta di bilancio introdotta dalla nuova disciplina in materia di armonizzazione dei sistemi contabili di cui al decreto legislativo n. 118/2011, oltre a costituire lo strumento per reimputare su esercizi successivi spese già impegnate ma non ancora giunte a scadenza. Inoltre, precisa che trattandosi di spese già impegnate su esercizi precedenti, esse sono finanziariamente già coperte con le entrate di detti esercizi³⁸.

Più dettagliatamente, il fondo pluriennale vincolato è finalizzato a gestire nella contabilità degli enti territoriali, in modo coerente e funzionale, l'introduzione della c.d. competenza rinforzata, secondo la quale le obbligazioni giuridicamente perfezionate, attive e passive, che danno luogo a entrate e spese per l'ente devono essere registrate nelle scritture contabili quando l'obbligazione è perfezionata, con imputazione all'esercizio in cui essa viene a scadenza³⁹. Per assicurare tale impostazione diacronica degli accertamenti, degli impegni e delle correlate transazioni finanziarie, a decorrere dall'anno 2015⁴⁰ gli impegni pluriennali derivanti da obbligazioni sorte negli esercizi precedenti vengono iscritti al bilancio degli Enti, appunto, nel fondo pluriennale vincolato. A partire dall'esercizio 2017, l'inutilizzabilità delle risorse già destinate negli esercizi precedenti al finanziamento delle spese programmate viene fatta discendere non solo dal mancato inserimento del fondo pluriennale vincolato tra le entrate e le spese finali di cui al contestato art. 9, comma 1-*bis*, legge n. 243/2012, ma anche dal combinato disposto del precedente comma 1, il quale stabilisce l'ancoraggio dei titoli di entrata e di spesa ivi indicati al concetto di equilibrio di bilancio. Pertanto, secondo le Regioni che hanno presentato ricorso alla Corte costituzionale, detta

(38) Cfr. Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 274, cit.

(39) Cfr. all. 1, punto 16, d.lgs. n. 118/2011.

(40) Si veda l'art. 3, comma 5, d.lgs. n. 118/2011.

relazione verrebbe a sottrarre, in favore di vincoli di finanza pubblica assunti dallo Stato, alcune risorse già impegnate per programmi ed investimenti approvati e finanziariamente coperti negli esercizi precedenti. Sotto tale profilo, il fondo pluriennale vincolato, anziché funzionare come garanzia conservativa di risorse non erogate ma vincolate nel fine, subirebbe un reindirizzamento strumentale verso gli equilibri della finanza pubblica allargata, al contempo provocando una scopertura sopravvenuta di iniziative già approvate ed un conseguente squilibrio per il bilancio dell'ente territoriale.

A tali eccezioni la Consulta ha replicato che le disposizioni impugnate non alterano la struttura e la gestione temporale del fondo pluriennale vincolato, perché l'iscrizione o meno nei titoli 1, 2, 3, 4 e 5 dell'entrata e nei titoli 1, 2 e 3 della spesa deve essere intesa in senso meramente tecnico-contabile, quale criterio armonizzato per il consolidamento dei conti nazionali. Tale aggregazione contabile non incide né quantitativamente, né temporalmente sulle risorse legittimamente accantonate per la copertura di programmi, impegni e obbligazioni passive concordate negli esercizi precedenti, tanto che gli enti territoriali mantengono la piena facoltà di gestire il fondo pluriennale vincolato, indipendentemente dalla sua collocazione nei contestati titoli di bilancio. A dimostrazione della propria interpretazione adeguatrice, la Corte costituzionale con la sentenza n. 247/2017 ha richiamato le considerazioni già svolte relativamente all'avanzo di amministrazione in merito ai presupposti affinché gli enti territoriali siano tenuti a partecipare alla contribuzione per il raggiungimento degli equilibri di finanza pubblica, ai sensi dell'art. 97 Cost.

Più dettagliatamente, dall'analitica definizione normativa del fondo pluriennale vincolato, infatti, si ricava che la norma censurata non può essere interpretata come modificativa della copertura delle obbligazioni e degli impegni legittimamente assunti dall'ente territoriale, cui corrisponde il vincolo del fondo pluriennale, «naturalmente» finalizzato a conservare le risorse necessarie per onorare le relative scadenze finanziarie.

La Corte chiarisce anche che la mancata previsione dell'avanzo di amministrazione tra le entrate disponibili deriva dal fatto che la norma contestata è riferita al momento di redazione del bilancio di previsio-

ne, mentre l'accertamento del risultato di amministrazione⁴¹ dell'anno precedente avviene a esercizio inoltrato e con l'approvazione del rendiconto; solo dopo l'eventuale accertamento del risultato positivo, la risorsa può essere iscritta in bilancio con apposita variazione in entrata e in uscita⁴².

Da un lato, le conclusioni della Consulta sono ineccepibili poiché è indubbio che si tratta di un fondo finanziario che garantisce la copertura di spese imputate agli esercizi successivi a quello in corso, costituito da risorse già accertate nell'esercizio in corso, destinate al finanziamento di obbligazioni passive dell'ente esigibili in esercizi successivi a quello in cui è accertata l'entrata⁴³.

Il fondo è finalizzato, infatti, al sostenimento di determinate tipologie di spesa specificamente individuate ed è pluriennale, in quanto destinato a garantire il raccordo tra più esercizi e a essere gestito in un arco temporale più esteso dell'esercizio annuale e trova appostamento contabile tanto in entrata quanto in spesa⁴⁴.

Va tenuto presente, inoltre, che il fondo pluriennale, per quanto iscritto tra le entrate costituisce una componente negativa del risultato di amministrazione iscritto come prima posta delle entrate o spese del bilancio, essendo finanziato con parte dell'avanzo, o incrementa il disavanzo da finanziare con le entrate dell'esercizio. La copertura che il fondo vincolato assicura su scala pluriennale non impedisce, tuttavia, che una

(41) Il risultato di amministrazione rappresenta il saldo complessivo costituito dal fondo di cassa esistente al 31 dicembre, maggiorato dei residui attivi e diminuito dei residui passivi, al netto del fondo pluriennale vincolato.

(42) La Corte cost., con la sentenza n. 274/2017, cit., ha ribadito che la modalità di utilizzazione del risultato di amministrazione non viene scalfita ma semmai raffinata dall'introduzione di alcuni istituti come il Fondo pluriennale vincolato e il Fondo dei crediti di dubbia esigibilità.

(43) Cfr. circ. RGS 3 aprile 2017, n. 17. Si veda anche P. SANTORO, *La resilienza della legge rinforzata sugli equilibri di bilancio: moniti e correttivi della Consulta*, cit.

(44) Il Fpv opera in due direzioni: la prima riguarda il momento della programmazione e della correlata previsione di bilancio; la seconda riguarda la gestione, occorrendo che sia finanziato da entrate regolarmente accertate e imputate in applicazione del principio di competenza finanziaria potenziata (Linee guida, Sez. auton., del n. 9/2016). Risultando rilevante il "fondo pluriennale vincolato" ai fini del nuovo saldo di finanza pubblica, la correttezza della determinazione del fondo al termine dell'esercizio 2015 evita la possibilità di azioni elusive in ordine al rispetto di detto saldo.

volta imputati ai singoli esercizi i residui riaccertati possa verificarsi sul singolo esercizio una eccedenza di residui passivi determinando il c.d. disavanzo tecnico previsto dall'art. 3, comma 13, d.lgs. n. 118/2011⁴⁵.

Dall'altro, tuttavia, lo sforzo della Consulta nel dare sostegno a una lettura conforme alla Costituzione, non fuga le perplessità autorevolmente prospettate⁴⁶ sul rinvio alla legge di bilancio per l'inclusione del fondo pluriennale in bilancio per gli anni 2017-2019, posto che l'inclusione a regime opera solo dal 2020⁴⁷.

Altresì, l'interpretazione non risulterebbe neppure in linea con i precetti di copertura e di equilibrio contenuti nell'art. 81 Cost., poiché la copertura di spese impegnate e di oneri derivanti da obbligazioni già perfezionate verrebbe meno, ove il vincolo autorizzatorio all'esecuzione di tali spese contenuto nel fondo pluriennale vincolato potesse essere rimosso *ex lege*, costringendo l'ente territoriale a trovare nuove coperture oppure a rendersi inadempiente. D'altra parte, l'affidabilità dell'amministrazione come soggetto pagatore richiede che la previa copertura della relativa spesa sia giuridicamente valida, ossia che sia sorretta da tutte le garanzie a favore dei crediti, ivi compresa l'intangibilità della provvista a suo tempo accantonata per onorarli. A tali considerazioni si deve

(45) Cfr. A. BRANCASI, *Bilanci di Regioni ed EE.II: una occasione persa per fare chiarezza sui vincoli di equilibrio e sul relativo rapporto con l'obbligo della copertura finanziaria* (nota a C. cost. n. 6/2017), in *Giur. cost.*, 2017, p. 29 ss. Per quanto riguarda i vantaggi della nuova tecnica di rilevazione del saldo di equilibrio, anche la Corte dei conti, Sez. auton., 23 marzo 2016, n. 9 ha di recente osservato che la previsione normativa, sfruttando la connaturale funzione del fondo, si traduce in una crescita delle entrate di competenza, in quanto il saldo fra gli stanziamenti del fondo in entrata ed i corrispondenti stanziamenti in uscita risulta, quantomeno nella fase della sua prima introduzione, generalmente positivo. Allo stesso tempo, occorre considerare che il maggior volume complessivo delle risorse, accresciuto dal computo del «fondo pluriennale vincolato» in entrata, pur compensandosi specificamente nel fondo pluriennale vincolato «in uscita», potrebbe generare un'illusoria capacità di spesa per gli anni successivi.

(46) In sede di indagine conoscitiva sul nuovo testo, l'Ufficio parlamentare di bilancio (Audizione 26 maggio 2016) ha osservato che il rinvio a una legge ordinaria che stabilisca di volta in volta la quota del FpV da includere nel pareggio, compatibilmente con i vincoli di finanza pubblica, rischia di compromettere la capacità di programmazione degli enti riguardo la spesa per investimenti. L'intero dossier è consultabile in http://www.rivistacorteconti.it/Fascicolo/dettaglio_fascicolo.html?path=/Fascicolo/2016/fascicolo_2016_10.html.

(47) La postponizione al 2020 è stata giustificata per il fatto l'introduzione del FpV è stata prevista su base triennale, mentre per il 2016 era stato introdotto in via transitoria dalla legge di stabilità n. 208/2015 (comma 711) e poi stabilizzato con l'art. 1, comma 466, l. n. 232/2016.

aggiungere anche che, se il fondo pluriennale vincolato fosse sottratto al pagamento delle obbligazioni assunte si verificherebbe un pregiudizio del piano finalizzato al tempestivo adempimento, in spregio degli impegni assunti a livello europeo in materia di lotta contro i ritardi nel pagamento delle transazioni commerciali e, conseguentemente, in violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

3. Spunti di riflessione

Da ultimo, il testo definitivo approvato dal Parlamento ha previsto in concreto una fase transitoria per gli anni 2017-2019 durante la quale il fondo pluriennale vincolato è introdotto con legge di bilancio, e la definitiva inclusione dello stesso tra le entrate e le spese finali a decorrere dal 2020⁴⁸.

La legge di bilancio per il 2018 si è conformata all'interpretazione della Corte costituzionale⁴⁹.

Va tenuto presente, peraltro, che per lo Stato non è previsto il meccanismo del fondo pluriennale vincolato, ma «appositi fondi per ciascuna amministrazione per la reiscrizione dei residui perenti su base pluriennale» (art. 34, comma 5, l.c.), permanendo (art. 27 l.c.), peraltro, il fondo

(48) Nella relazione della Commissione bilancio del Senato è spiegato che la soppressione del precedente vincolo di destinazione di eventuali saldi positivi all'estinzione del debito maturato dell'ente e al finanziamento di spese di investimento, è giustificata dal fatto che, restando fermo l'obbligo di garantire, a preventivo e a consuntivo, l'equilibrio tra entrate finali e spese finali, gli enti territoriali possano comunque destinare i propri avanzi solo a copertura del proprio debito, ovvero a spese di investimento

(49) La legge di bilancio 27 dicembre 2017, n. 2015 (art. 1, comma 880) ha previsto che le risorse accantonate nel fondo pluriennale vincolato di spesa dell'esercizio 2016 in applicazione del punto 5.4 del principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria di cui all'allegato n. 4/2 annesso al d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118, per finanziare le spese contenute nei quadri economici relative a investimenti per lavori pubblici e quelle per procedure di affidamento già attivate, se non utilizzate, possono essere conservate nel fondo pluriennale vincolato di spesa dell'esercizio 2017, purché riguardanti opere per le quali l'ente abbia già avviato le procedure per la scelta del contraente fatte salve dal codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, o disponga del progetto esecutivo degli investimenti redatto e validato in conformità alla vigente normativa, completo del cronoprogramma di spesa. Tali risorse confluiscono nel risultato di amministrazione se entro l'esercizio 2018 non sono assunti i relativi impegni di spesa.

speciale (unico) per la riassegnazione delle spese correnti e l'altro per i residui perenti di parte capitale, istituiti presso il MEF⁵⁰.

Inoltre, la Consulta assume tra gli elementi ermeneutici «a contrario», anche la disciplina sul ritardo dei pagamenti adottata in adesione alla direttiva comunitaria 16 febbraio 2011, n. 2011/7/UE, ritenendo (punto 9.4) che la non corretta interpretazione delle disposizioni impugnate costituirebbe un grave passo indietro nel tempestivo adempimento delle obbligazioni passive; se l'art. 1, comma 1, lettera *b*) della legge n. 164 del 2016 fosse interpretato nel senso proposto dalle ricorrenti, il conseguente pregiudizio all'adempimento delle obbligazioni passive verrebbe a riprodurre i lamentati inconvenienti e a pregiudicare il piano di contrasto al richiamato fenomeno disfunzionale⁵¹.

Al contrario, la già esposta interpretazione adeguatrice comporta l'assoluta neutralità delle disposizioni impugnate e la conseguente possibilità di utilizzare il fondo pluriennale vincolato alle scadenze e per gli importi programmati⁵².

La salvaguardia si riferisce ai debiti derivanti da obbligazioni regolarmente assunte, transitate in bilancio e già impegnate, mentre restano fuori della copertura dei residui passivi confluiti nel fondo pluriennale, i debiti c.d. fuori bilancio, i quali, pur potendo corrispondere a debiti latenti, non sono considerati liquidi ed esigibili fino a quando non siano formalmente riconosciuti⁵³.

(50) Per lo Stato è stata avviata una fase di sperimentazione, mentre il MEF il 16 settembre 2016 e la successiva circolare esplicativa della Rgs n. 23 del 7 ottobre 2016 hanno stabilito i termini, le modalità di attuazione e le tipologie di spesa interessate.

(51) Il d.l. 8 aprile 2013, n. 35 ha introdotto il meccanismo delle anticipazioni di liquidità, da intendersi come anticipazioni di cassa di più lunga durata temporale rispetto a quelle ordinarie (cfr. Corte cost., 23 giugno 2015, n. 181 e Corte cost., 22 marzo 2017, n. 87). L'anticipazione di liquidità, per il suo carattere neutrale rispetto alla capacità di spesa dell'ente, deve essere finalizzata esclusivamente al pagamento dei debiti scaduti relativi a partite già presenti nelle scritture contabili di precedenti esercizi (cfr. Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 274).

(52) L'art. 42, d.lgs. n. 118/2011 consente di utilizzare solo la quota libera dell'avanzo di amministrazione dell'esercizio precedente per la copertura dei debiti fuori bilancio.

(53) Cfr. Cass. civ., 19 dicembre 2003, n. 19562, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 3582 ss. P. SANTORO, E. SANTORO, *I debiti commerciali delle pubbliche amministrazioni tra inefficienza e patto di stabilità*, in *Riv. trim. app.*, 2, 2013, p. 418 ss. La disciplina del riconoscimento dei debiti fuori bilancio attiene certamente a finalità connesse all'armonizzazione, al coordinamento della finanza pubblica e all'ordinamento civile e, per quel che riguarda l'armonizzazione dei bilanci pubblici,

In conclusione, l'art. 9, comma 1-*bis* della legge 24 dicembre 2012, n. 24 non ha carattere generale, ma ha una valenza settoriale limitata al comparto degli enti territoriali, sicché più che espressione di un principio di ordine generale, ha una finalità in parte ricognitiva di una disciplina già operante, con l'unica finalità di confermarla in una fonte di rango rinforzato, fissandone, al contempo, la tempistica⁵⁴. Infatti, le leggi rinforzate o, meglio, con procedimento rinforzato si distinguono sia per forza attiva, in quanto possono abrogare solo le leggi che hanno quello specifico contenuto, che per forza passiva, potendo essere abrogate solo dalle leggi formate con quello specifico procedimento⁵⁵.

non può essere consentito che l'eccezionale immissione in bilancio di spese irraturalmente ordinate sia disciplinata in modo differenziato dagli altri Enti locali (cfr. Corte cost., 13 aprile 2017, n. 80, in www.cortecostituzionale.it).

(54) Cfr. L. BARTOLUCCI, *La legge «rinforzata» n. 243 del 2012 (e le sue prime modifiche) nel sistema delle fonti*, in www.osservatoriosullefonti.it.

(55) Cfr. R. DICKMANN, *Brevi considerazioni sulla natura rinforzata della legge 24 dicembre 2012, di attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio*, in [Federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6, 2013; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangieri, Quaderno 2011*, Jovene, Napoli, 2012, spec. p. 108; L. CASO, *Il nuovo articolo 81 della Costituzione e la legge rinforzata*, in *Riv. C. conti*, 1, 2013, p. 476 ss.; P. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Rimini, Maggioli, 2015, p. 137 ss.

La fine dell'agricoltura contadina e il (lento) ritorno dei contadini. Una prospettiva interdisciplinare*

Recensione a R. PAZZAGLI, G. BONINI, *Italia contadina. Dall'esodo rurale al ritorno alla campagna*, Canterano (RM), Aracne, 2018

Luchino Ferraris

Tra diritto e società ricorre – è noto – un legame biunivoco. Se, da un lato, i pubblici poteri possono imprimere un orientamento all'andamento dei fenomeni economici e sociali nel perseguimento di determinati valori e obiettivi, è anche vero, particolarmente in un contesto democratico, che essi si trovano forse più spesso a rincorrere mutamenti che già si sono prodotti nel tessuto sociale, nel tentativo di inquadrarli ed – eventualmente – limitarli. Non fa eccezione a questo ordine di considerazioni il fenomeno *lato sensu* agricolo, che anzi a tal proposito risulta paradigmatico. Per questo la lettura di *Italia contadina. Dall'esodo rurale al ritorno alla campagna*, che nelle intenzioni degli autori è prima di tutto un'opera di ricostruzione in chiave storica della civiltà contadina dall'epoca pre-industriale fino ai giorni nostri, rappresenta una tappa essenziale anche per ogni cultore di materie giuridiche e politiche che cerchi di comprendere dal proprio angolo visuale il diritto e le politiche di sviluppo rurale e di tutela del paesaggio.

L'obiettivo dell'opera è duplice: da un lato, investigare sulle cause del declino della civiltà contadina, cercando implicitamente di distinguere il "ruolo della storia" dal "ruolo della politica" che ha talora accelerato e talora semplicemente certificato – con alterne fortune – il mutamento in

* Il presente contributo esprime le opinioni personali dell'autore e non costituisce in alcun modo la posizione ufficiale assunta dalla Commissione europea, presso la quale lo stesso autore presta servizio, in merito alle tematiche di cui tratta.

atto. Dall'altro lato, gli autori interpretano la convergenza di molteplici indizi che sembrerebbero testimoniare, in tempi recenti, un ritrovato interesse, nella nostra penisola, per il legame uomo-natura che trova una sua sintesi nel concetto di ruralità.

In tale ottica, viene offerto un rapido *excursus* della storia del mondo rurale italiano, passando anche dalle invasive scelte del regime fascista e dal successivo scoppio del secondo conflitto mondiale, a seguito del quale vi furono alcuni tentativi di una "riforma agraria" che solo parzialmente produssero l'effetto di rivitalizzare l'economia del settore.

A partire dagli anni '60, periodo prima del quale ancora l'agricoltura costituiva ancora una componente portante dell'economia italiana, gli occupati nel settore industriale e nel terziario per la prima volta superarono quelli in agricoltura. La società industriale e la globalizzazione dei mercati e dell'economia avrebbero rapidamente spazzato via l'agricoltura contadina con i suoi particolarismi, la sua struttura familiare, lo stretto legame tra città e campagna ed i suoi metodi tecnologicamente antiquati. Cominciò così un progressivo declino del mondo rurale, che portò con sé anche la distruzione del paesaggio agrario italiano, di cui i contadini erano stati in larga misura i custodi, a seguito delle contemporanee (e contraddittorie) spinte verso la cementificazione e lo spopolamento, quest'ultimo soprattutto nelle aree montane della nostra penisola. Gli autori – i quali si fanno manifestamente portatori di una visione "territorialista" ispirata dalla necessità di sostenere un modello di sviluppo volto alla riscoperta di localismo e policentrismo, specialmente tramite adeguato supporto istituzionale nelle aree più remote – intravedono tuttavia alcuni segnali di ripresa, come si evince dal crescente successo del turismo rurale e dal recente incremento degli occupati in agricoltura, anche tra le fasce più giovani della popolazione ed in zone lungamente in difficoltà come nell'Italia meridionale¹. Si potrebbe profilare dunque una sorta di nemesi dei contadini, che, dopo secoli di onnipresenza seguiti da due secoli di marginalizzazione, ricominciano lentamente a riprendere piede, sia pur in forme e contesti socio-culturali profondamente cambiati (si pensi alle "nuove" sfide dell'agricoltura,

(1) ISMEA-SVIMEZ, *Rapporto sull'agricoltura nel mezzogiorno*, Roma, 2016, pp. 16-19.

rappresentate – tra l'altro – dall'aumento del carattere stagionale e precario dell'attività agricola e dalla crescente intermediazione illegale di manodopera, specialmente straniera).

Gli autori riescono perfettamente nel non facile intento di riassumere criticamente e sinteticamente (circa 100 pagine) una storia dalle radici millenarie, fatta di spinte e contro-spinte, fornendo le chiavi di lettura corrette e non (*stricto sensu*) politicamente orientate per capire i mutamenti passati ed in corso. È dunque un'opera che si pone a pieno titolo nel solco della tradizione storiografica dell'agricoltura che nel nostro Paese ha avuto in Emilio Sereni – di cui gli autori hanno inteso peraltro riportare tre scritti in appendice² – una delle figure di maggior spicco³. Si è dunque scelto di dare la priorità alla ricostruzione strettamente storica, mettendo in rilievo preminente gli elementi funzionali alla rappresentazione del percorso circolare della storia rurale italiana, caratterizzata da un drammatico oblio e nell'ultimo ventennio – forse – da un lento ritorno. Molti dei temi toccati costituiscono quindi ottimi spunti per lo sviluppo di riflessioni interdisciplinari. Ad esempio, viene menzionato l'agriturismo come motore di rivitalizzazione del turismo rurale, ma rimane compito del giurista e dello scienziato politico approfondire le criticità dell'istituto, in particolare con riferimento ai pericoli di frode e – in certi casi – alla promozione solo superficiale di una cultura del paesaggio e del territorio. Ugualmente, gli autori mettono giustamente l'accento su un passaggio fondamentale della nostra storia agraria, ovvero l'introduzione dall'estero del mais ibrido e dei pesticidi chimici come fattore disgregante dell'agricoltura contadina; sarebbe interessante – anche in chiave storica – instaurare un parallelismo tra tali dinamiche avvenute dall'immediato dopoguerra in poi e gli odierni accordi commerciali “mega-regionali” di libero scambio che l'Unione europea con sempre maggior frequenza conclude con Paesi terzi, con le annes-

(2) Si tratta di: E. SERENI, *Vecchio e nuovo nelle campagne italiane*, Roma, Editori Riuniti, 1956; E. SERENI, *L'Alleanza nazionale dei contadini e la Conferenza nazionale del mondo rurale e dell'agricoltura*, Roma, Editori Riuniti, 1961; E. SERENI, *L'alternativa democratica. Lineamenti di una politica di riforma agraria generale*, Roma, Editori Riuniti, 1961.

(3) Tra le opere più celebri, si deve senz'altro menzionare E. SERENI, *Storia del paesaggio agrario italiano*, Roma, Laterza, 2018 (prima pubblicazione 1961).

se questioni di *policy coherence* che ne derivano, in particolare rispetto alle politiche europee di sviluppo rurale.

A prescindere dal suo interesse intrinseco, vi sono due particolari ragioni di carattere generale per cui tale opera si presenta come fondamentale per un pubblico di giuristi e scienziati politici.

In primo luogo, da una lettura tra le righe del testo si può desumere come gli interventi legislativi che, a livello europeo e nazionale, si sono susseguiti nell'ultimo secolo siano stati complessivamente caratterizzati da una scarsa propensione a contrastare il passaggio da un'agricoltura contadina ad una di tipo industriale. Non è stata da meno, in particolare nelle sue prime versioni, la Politica Agricola Comunitaria (PAC), la quale dal Trattato di Roma (1957) in poi operò per una svolta macro-capitalistica di un'agricoltura che in Italia era ancora frammentata in senso produttivo, culturale e fondiario, senza contare il profondo *clivage* tra il Nord ed il Sud del Paese. Fin dai primordi, la PAC ha favorito una concezione industriale dell'agricoltura che comportava la fine della struttura familiare a vantaggio di grandi unità produttive – e dunque il tendenziale abbandono di zone collinari e montane in favore di una “discesa” verso la pianura. Il diritto nazionale non si è sottratto a questa tendenza: basti pensare agli interventi che dagli anni '60 hanno progressivamente introdotto il *numerus clausus* dei contratti agrari, la riconduzione di ogni patto atipico allo schema dell'affitto e la conseguente estinzione della mezzadria, già peraltro desueta al momento della sua formale abrogazione per il venire meno della componente familiare che ne ha sempre costituito il tratto decisivo⁴. A partire dalla seconda metà degli anni '90, il concetto di “multifunzionalità” dell'agricoltura ha comportato una parziale inversione del paradigma, mostrando più attenzione per le ricadute sociali, climatico-ambientali e paesaggistiche dell'attività agricola e ponendo le basi per una vera e propria politica europea di sviluppo rurale⁵, volta in buona parte a sostenere ed a recupe-

(4) Tale risultato è frutto di tre principali interventi legislativi: l. 15 settembre 1964, n. 756; l. 11 febbraio 1971, n. 11; e l. 3 maggio 1982, n. 203.

(5) Tale politica, parte integrante della PAC, è oggi racchiusa nel Regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2013, sul sostegno allo sviluppo rurale da parte del Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR), GU L 347/487.

rare schemi destinati a soccombere definitivamente se lasciati in balia del naturale andamento di un'economia di mercato imperniata su una logica puramente capitalistica⁶. Pertanto, questo libro fornisce al teorico di diritto e di scienze politiche gli elementi indispensabili per una ricostruzione dei nessi tra società e diritto e del ruolo che quest'ultimo ha avuto nell'orientare (o nel prendere atto) dei mutamenti sociali avvenuti nell'ultimo secolo di storia dell'agricoltura.

In secondo luogo, la comprensione di temi e problemi del mondo rurale in una prospettiva storica è decisiva per le istituzioni pubbliche che a tutti i livelli – europeo, nazionale e regionale – si trovano oggi ad avere il compito di predisporre e mettere in atto appropriate politiche di sviluppo del territorio, operando da anello di congiunzione tra le esigenze del territorio stesso e gli schemi giuridici *standard* (adottati oggi nei loro tratti essenziali a livello europeo) concepiti per governarlo. Ciò è particolarmente vero nell'ambito della politica di sviluppo rurale dell'Unione europea, ove le autorità nazionali e soprattutto regionali (ove presenti, come in Italia) sono chiamate ad elaborare Piani di Sviluppo Rurale (PSR) poi approvati dalla Commissione europea nel caso in cui siano considerati rispondenti agli *standard* contenuti nel Regolamento (UE) n. 1305/2013. L'intervento delle autorità nazionali e regionali si giustifica, in ossequio al principio di sussidiarietà, in quanto si parte dal presupposto che tale livello di governo sia il più adeguato a tenere conto delle specificità di ciascuna area geografica e delle sue esigenze. Non può dunque che essere di aiuto, per il *policy-maker*, la conoscenza delle problematiche di cui, in senso storico, economico, culturale e sociale si deve necessariamente tenere conto per il buon governo del territorio. Un esempio paradigmatico riguarda il PSR della Regione Emilia-Romagna, un'area geograficamente eterogenea, caratterizzata dalla compresenza di aree pianeggianti, collinari e montane, ciascuna portatrice di esigenze ed interessi diversi ed in parte conflittuali, in cui tuttavolta non esiste nemmeno una misura che preveda il supporto per il man-

(6) Ad esempio, l'articolo 23 del Regolamento (UE) n. 1305/2013, al fine di porre rimedio alla separazione ormai netta tra la superficie destinata all'allevamento e quella preposta alla coltivazione dei campi, con gli effetti negativi che ne derivano – tra l'altro – in termini ambientali, prevede il supporto di attività agro-silvo-pastorali che consistono nella commistione di animali su terreni coltivati e alberati.

tenimento di pascoli e recinzioni nelle aree appenniniche. Eppure sono note le tendenze al progressivo spopolamento di tali territori, la cui vitalità dipende dunque da interventi olistici che rendano la zona attraente anche in senso economico per gli abitanti attuali o potenziali. Da una lettura delle oltre 1.200 pagine che compongono il PSR dell'Emilia-Romagna, traspare dunque complessivamente una maggiore comprensione delle problematiche che affliggono gli operatori della pianura, senza dubbio anche perché più attrezzati per farsi ascoltare, rispetto a quelle riguardanti gli operatori in aree montane, che paiono sempre più destinati a diventare vittime della storia. In tal senso, la lettura di quest'opera mostra, una volta di più, come la conoscenza intima dei problemi e delle caratteristiche proprie di un territorio rappresenti un passaggio ineludibile per le autorità preposte a governarlo.

TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACTS

Essays and Articles

Cities and Law. Brief Remarks on a Complex Problem (p. 5)

Giulia Maria Labriola

This essay deals with some of the underlying motives of the renewed interest of legal theorists in urban studies. Since their early appearance in human history, cities have been a form of association for common living the political dimension of which is both intrinsic and impossible to explain away through theoretical reduction. This peculiarity is not denied, but enhanced by the global character of the contemporary age, in which cities are a secure, and maybe ultimate, stronghold of territoriality, and hence an arena for the distribution of claims and privileges. Accordingly, their role in giving concrete reality to law (a feature this form of social control is losing in other areas) and scope to its assessment from the point of view of principles of justice (both inside and outside the urban area) is paramount and worth studying. A call for a new commitment to territorial governance, the development of new legal (participatory) instruments for urban planning, an enhanced coordination between local public bodies and a new urban agenda for Europe are among the most important consequences of this approach.

Cities as Legal Systems (p. 29)

Fabio Giglioni

Cities are realities with a very high potential legal impact, of which law scholars just partially take note. The article underlines legal relationships that local authorities develop with citizens and communities for the recovery and reuse of urban assets and spaces. These relationships are listed in five distinct models, which are analyzed in terms of legal characteristics, differences, relationships between these experiences and statute law and, finally, the disciplinary regime to be adopted for dispute resolution. At the end of the essay, the author re-starts from the beginning and asks if cities can be a legal concept distinct from the well-known, from the point of view of the administrative law scholar, concept of municipality.

Decisions Adopted within the Inter-Administrative Relationship of Coordination and the Principle of Local Autonomy in Spain (p. 75)

Juan Carlos Covilla Martínez

The inter-administrative relationship of coordination in Spain is established by the unilateral and binding decisions taken by a public authority that is at a higher territorial level in regard to the local authority. These decisions are directed at the local body. This relationship implies a position of supremacy of the central authority with respect to the local authority. The adopted coordination decision generates tension with the autonomy of the local authority to which such acts are directed. The objective of this contribution is to explain how the nature of the autonomy of local authorities operates, precisely in the light of the coordination decisions. In this sense, procedural and substantial guarantees should be recognized to local authorities in order to maintain margins of self-determination in their decisions.

Public Debt: Intergenerational Justice, the Principle of Proportionality and Autonomy Rights (p. 105)

Leonardo Di Carlo

Public debt has become one of the main topics over the last two decades, not only in Italy but also in most Western countries, especially the ones belonging to the European Union. The central thesis of this article – which provides an overview of the theme in a philosophical and jurisdictional perspective and links it to the wider concept of intergenerational justice – is that the intergenerational justice foundation has to be traced back to the principle of proportionality in using economic and material resources and, consequently, also to public debt policies. The fundamental character of the proportionality principle leads to the thesis of downgrading the rights to freedom, in the sense that the latter are no longer to be considered as so important for intergenerational justice.

Procedural Safeguards and Administrative Rule-Making Decisions (p. 129)

Monica Cocconi

The paper discusses the existence and the function of procedural participation and duties to state reasons with respect to general administrative acts. The overall system of the Italian Administrative Procedure Act (l. n. 241/1990) is mainly conceived for the regulation of single-case measures; therefore, the exceptions provided for by articles 3, 13 and 24 do not seem to prevent those principles' application to general administrative activity. The analysis of case-law also shows that the general effects of rule-making decisions, as well as the absence of direct violations of people's rights, cannot justify the exclusion of the application of procedural guarantees to general decision-making. The conceptual symmetry between the legal qualification of the act and its procedural discipline does not, in this case, occur due to the need to offer immediate protection to individuals in relation to the damages caused by single-case provisions.

Notes and Comments

The Historical Towns as Critical Points of Intersection of Cultural and Commercial Interests (p. 161)

Luca Di Giovanni

This paper deals with the topic of historical town into the relations between cultural values and commercial interests. Firstly, the paper will deal with the problem of the notion of historical centre and the question about the applicable law; secondly, the theme of fair cooperation between territorial public subjects in the activity of protection and valorize of historical value; lastly, this paper will deals with the restrictions to commercial competition and the relation with the principle of proportionality, which establishes punctual features about the measures adopted by the public authority to protect and enhance the historical value.

The Power to Withdraw Administrative Acts by Public Authorities and Consequences on Public Contracts (p. 191)

Sofia Gentiloni Silveri

This comparative law study tackles an issue of national law which deals both with the power to withdraw administrative acts and with the law governing public contracts (i.e. public works and concessions). In par-

ticular, the study concerns the issue, often addressed in Italy, of the consequences on public contracts of the withdrawal (i.e. revocation) by the public authority of administrative acts preceding the conclusion of those contracts. First, the study focuses on the power to withdraw administrative acts in Italian and French law and shows how these powers are not entirely similar. Second, the study focuses on the impact on public works and concessions of the exercise of this power by the public authority. Lastly, the study questions the influential role that Eu law plays in the convergence of national laws and practices in the field of public contracts.

The Constitutionally Adequate Interpretation of the Strengthened Law on Regions' and Local Authorities' Budgets (p. 207)

Ramona Cavalli

The rules of the strengthened law, which ranks as an ordinary law, are considered intermediate rules providing benchmarks for constitutional review, because they contain coordination constraints. Strengthened law is thus an appropriate tool for obliging local authorities to observe special limits on indebtedness, within its competence.

Readings and Highlights

The End of Small-Scale Agriculture and the (Slow) Return of Farmers. An Interdisciplinary Approach. Review of R. PAZZAGLI, G. BONINI, *Italia contadina. Dall'esodo rurale al ritorno alla campagna*, Canterano (RM), Aracne, 2018 (p. 227)

Luchino Ferraris

NOTE SUGLI AUTORI

Ramona Cavalli

Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche e politiche, Università degli Studi “Guglielmo Marconi” di Roma, e Tecnologo giuridico presso l’Istituto Nazionale di Statistica

Monica Cocconi

Professoressa associata di Diritto amministrativo, Università di Parma

Juan Carlos Covilla Martínez

Profesor de Derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia; Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Barcelona (España)

Leonardo Di Carlo

Ricercatore in Filosofia del Diritto, Università di Foggia

Luca Di Giovanni

Dottore di ricerca in Diritto pubblico, urbanistico e dell’ambiente, Università degli Studi di Firenze; Borsista di ricerca, Università degli Studi di Firenze

Luchino Ferraris

Perfezionando presso la Scuola Superiore di Studi universitari e di Perfezionamento Sant’Anna, Pisa e *Legal Officer* presso Commissione Europea – Direzione Agricoltura e Sviluppo Rurale (DG AGRI)

Sofia Gentiloni Silveri

Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo, Università LUISS “Guido Carli” di Roma, e Avvocato presso lo Studio Van Bael & Bellis, Bruxelles

Fabio Giglioni

Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Giulia Maria Labriola

Professoressa associata di Filosofia del diritto, Università degli Studi “Suor Orsola Benincasa”, Napoli

Criteria editoriali

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.



E DIPARTIMENTO
DI ECONOMIA
E MANAGEMENT
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA



Dipartimento
di Giurisprudenza

II^a EDIZIONE

Master di II livello in
**APPALTI PUBBLICI
e PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE**

22 marzo 2019 - 7 marzo 2020

Università degli Studi di Ferrara

Per info e iscrizioni:

Segreteria Didattica - masterant.cop@unife.it

Segreteria Organizzativa - altaformazione@unife.it - tel. 0532 455056