

Giuseppe Andrea Primerano*

*L'amministrazione condivisa dei "beni comuni" urbani***

SOMMARIO: 1. I cittadini "attivi" e l'amministrazione "condivisa" – 2. Le città spazio di diritti e di produzione del diritto – 3. La rigenerazione "dal basso" dei c.d. beni comuni urbani – 4. Il dibattito sulla natura dei patti di collaborazione – 5. Autoritatività del potere, imperatività del provvedimento e attività amministrativa di diritto privato – 6. I patti di collaborazione come atti amministrativi di natura non autoritativa.

1. *I cittadini "attivi" e l'amministrazione "condivisa"*

L'esigenza di ripensare i contesti urbani come luoghi di ristrutturazione delle relazioni economiche, politiche e sociali appare strettamente correlata alle sempre più frequenti iniziative dal basso configurabili come tentativi di riconquista della città pubblica¹. Il sintagma *city as a commons*² rende bene l'idea di simili tentativi che richiedono nuove forme di sviluppo in cui Stato apparato e Stato comunità, ossia il pubblico come soggetto e il pubblico come comunità³, si "alleano" per la soluzione di problemi concernenti realtà locali⁴. Tali cittadini maturano la consapevolezza di essere titolari non

* Ricercatore di Diritto amministrativo. Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

** Contributo già pubblicato nel volume III degli Scritti in onore di Maria Immordino, a cura di G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde, Napoli, 2022, 3013 ss.

¹ Cfr. G. ARENA, *I custodi della bellezza. Prendersi cura dei beni comuni. Un patto per l'Italia fra cittadini e istituzioni*, Milano, 2020.

² Cfr. S.R. FOSTER, C. IAIONE, *The city as a commons*, in *Yale Law & Policy Review*, vol. 34, n. 2, 2016, 287.

³ C. IAIONE, *La città collaborativa: la governance dei beni comuni per l'urbanistica collaborata e collaborativa*, in *Agenda Re-Cycle. Proposte per reinventare la città*, a cura di E. FONTANARI, G. PIPERATA, Bologna, 2017, 92.

⁴ Si veda G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 50, e, ancor prima, ID., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. pol. cost.*, n. 117/118, 1997, 29 ss., il quale si sofferma su un modello organizzativo che consente un'alleanza fra cittadini e pubbliche amministrazioni a fini di interesse generale. Tale modello è stato denominato "amministrazione condivisa" e si distingue tanto dalla

solo di diritti, ma di doveri da cui discendono responsabilità condivise in ordine alla tutela e alla valorizzazione di beni e spazi urbani strumentali al benessere individuale e collettivo⁵.

Una simile concezione dell'individuo nella società ben si comprende alla luce degli studi di Benvenuti⁶, il quale descrive l'evoluzione da una forma di libertà passiva, come difesa dei privati al cospetto dell'autorità, a una forma attiva idonea a rendere il "nuovo" cittadino protagonista co-responsabile del funzionamento della *res publica*. In tale scenario, le azioni del cittadino, che partecipa all'esercizio di funzioni assegnate per tradizione ai pubblici poteri, superano la dimensione individuale degli interessi e proiettano la singolarità dell'*agere* in un contesto più ampio che fonde doveri di solidarietà e valore dell'esistenza individuale⁷.

Non si tratta di soggetti tenuti a svolgere determinate prestazioni⁸, ma che decidono liberamente di attivarsi e favoriscono il perseguimento di interessi generali. Viene in rilievo una forma di partecipazione alla vita pubblica inquadrabile secondo le coordinate dell'autonomia civica e della prossimità che presenta interessanti legami con i processi democratici. Essa, per un verso, può inaugurare innovative modalità di formazione dei futuri

partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, quanto da ulteriori forme partecipative ai processi decisionali pubblici. In relazione a tale modello, cittadini e amministrazioni condividono responsabilità e risorse per la soluzione di problemi di interesse generale che si manifestano in un determinato momento storico e sociale (sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà - dir. amm.*, in *Enc. giur.*, agg., vol. XII, 2004, 5).

⁵ Si veda, per un inquadramento, G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

⁶ Il riferimento, in particolare, è a F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

⁷ In base a tali presupposti è stato possibile, ulteriormente, teorizzare un'evoluzione della forma di Stato verso la "demarchia" e, quindi, il passaggio da una forma di democrazia rappresentativa ad una forma di democrazia governante. Per una rilettura del pensiero di Benvenuti, senza pretesa di esaustività, G. CORSO, *Feliciano Benvenuti e l'attività amministrativa*, in *Jus*, 2008, 349 ss.; F. MERUSI, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, 543 ss.; V. OTTAVIANO, *Oggettivizzazione e partecipazione nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 187 ss.; G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, ivi, 2008, 323 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Il "nuovo cittadino" di Feliciano Benvenuti tra diritto e utopia*, in *Dir. amm.*, 2008, 313 ss.

⁸ In base all'insegnamento di S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 104, esistono doveri che non sono correlativi a diritti di altri soggetti e, quindi, «rimangono fuori dall'orbita di ogni rapporto giuridico con singole cose o singole persone». Si veda, inoltre, E. BETTI, *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 58, secondo cui la coercibilità è «carattere tendenziale e normale, ma non costante né necessario del dovere giuridico».

amministratori locali, per altro verso appare collegata a forme di democrazia complementari a quella rappresentativa, funzionali alla cura di interessi generali e imperniate sul concetto di "prossimità"⁹ teorizzato oltralpe¹⁰.

2. *Le città spazio di diritti e di produzione del diritto*

Attivare processi di partecipazione che accrescano la capacità di risposta delle comunità locali e, quindi, promuovere il ruolo della cittadinanza nella salvaguardia dell'ambiente urbano rappresenta un modo per rispondere alla crisi di legittimità democratica riguardante le istituzioni¹¹ e all'esigenza, sempre più marcata, di favorire l'inclusione. Si registra così una riscoperta di virtù civiche rapportabili all'assolvimento di doveri di solidarietà sociale¹². Il che, sotto diverso, ma connesso, aspetto rimanda alla necessità di riflettere su cifre e linguaggi, ancora largamente da costruire¹³, che rappresentano «il punto di arrivo dell'evoluzione sia degli apparati amministrativi, nell'apprendere (l'inedita) virtù dell'interagire con il contesto aprendosi

⁹ Sulle origini e gli sviluppi del principio di prossimità come evoluzione del principio di sussidiarietà, anche in rapporto alla nozione di "bene comune", V. PEPE, *La democrazia di prossimità nella comparazione giuridica*, Napoli, 2015, 95 ss.

¹⁰ Cfr. P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, Torino, 2015. Sulla compresenza di numerose forme di democrazia, da non confondere con il concetto di democrazia pluralistica, L. BOBBIO, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2004. Sulla crisi della rappresentatività come crisi del consenso, F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., 91 ss.

¹¹ G. ARENA, *Amministrazione e società*, cit., 44, osserva che «la democrazia rappresentativa oggi è in profonda crisi ed è quindi essenziale trovare altri spazi e altre modalità di partecipazione alla vita pubblica, se vogliamo mantenere e se possibile aumentare il tasso di democrazia nel nostro Paese». Nella prospettiva di J.B. AUBY, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo?* (trad. it. a cura di C. SILVANO de *La ville, nouvelle frontière du droit administratif?*, in *AJDA*, n. 15, 2017, 853 ss.), in *Riv. giur. urb.*, 2019, 24, le città «si impongono sempre di più come laboratorio privilegiato di una possibile rinascita della democrazia rappresentativa in crisi».

¹² V. da ultimo F. SAITTA, *Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica*, in *Ordines*, 2020, 70 (anche in *Dir. società*, 2020, 395 ss.).

¹³ *In primis* nei luoghi familiari e scolastici che dovrebbero educare ai concetti di appartenenza, partecipazione e solidarietà, come rilevato da E. PICOZZA, *Alcune riflessioni critiche sulle relazioni tra beni culturali e beni comuni*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Napoli, 2020, 4084, secondo cui «la solidarietà è innanzitutto un sentimento di appartenenza ad una comunità determinata da cui deriva la volontaria sottoposizione a doveri ed obblighi di partecipazione e di gestione».

a processi che muovono dal basso, sia dei soggetti sociali, chiamati ad attrezzarsi (in termini di stabilità, organizzazione e responsabilità) senza scivolare nella istituzionalizzazione e in rapporti organicistici»¹⁴.

È una significativa evoluzione del modo di concepire la crescita urbana, la cui *governance* si modella su nuovi principi e prassi creative incentrate sul ruolo dei “cittadini attivi”¹⁵. Sono loro i veri protagonisti della c.d. microrigenerazione¹⁶ e la stessa, senza il loro intervento, non sarebbe neppure immaginabile. Si consideri l’art. 118, comma 4, Cost., ossia la fonte di riferimento¹⁷ dei regolamenti sull’amministrazione condivisa dei

¹⁴ M. CAMELLI, *Re-cycle: pratiche urbane e innovazione amministrativa per ricomporre le città*, in *Agenda Re-Cycle*, cit., 58.

¹⁵ Si possono intendere come tali «tutti i soggetti, compresi i bambini, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali, anche informali o di natura imprenditoriale, che indipendentemente dai requisiti riguardanti la residenza o la cittadinanza si attivano per periodi di tempo anche limitati per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani»: così l’art. 2, comma 1, lett. c), del prototipo di Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani, elaborato da Labsus-Laboratorio per la sussidiarietà, del 20 ottobre 2020 pubblicato su www.labsus.org.

¹⁶ Sulla distinzione fra “macrorigenerazione” (o rigenerazione dall’alto) e “microrigenerazione” (o rigenerazione dal basso), R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Ist. federalismo*, 3, 2017, 631 e 639; G. GARDINI, *Alla ricerca della “città giusta”. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in www.federalismi.it, n. 24/2020, 71 e 74; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, Napoli, 2018, 65. La macrorigenerazione si fonda su attività di governo del territorio a vocazione strategica, consistenti in piani e programmi complessi. Sulle origini di tale fenomeno ha influito la crisi economica che ha inciso sull’espansione edilizia e, stante la scarsa propensione agli investimenti immobiliari, ha favorito l’emersione di nuove proposte per riprogettare le città che, non di rado, rispondono a canoni diversi che rendono i “cittadini attivi” protagonisti diretti delle azioni di rigenerazione. Si parla, in quest’ultimo caso, di microrigenerazione favorita dal crescente numero di amministrazioni locali che adottano i regolamenti per l’amministrazione condivisa dei beni comuni urbani.

¹⁷ Solo il Lazio (l. reg. 26 giugno 2019, n. 10) e la Toscana (l. reg. 24 luglio 2020, n. 71) hanno adottato una specifica disciplina di rango primario sull’amministrazione condivisa dei beni comuni. Ciò, peraltro, non significa che altre regioni non abbiano normato interventi *lato sensu* riconducibili alla stessa: si pensi alle previsioni regionali sul riuso temporaneo di immobili e spazi urbani abbandonati o dismessi che hanno preceduto l’introduzione, ad opera del “decreto semplificazioni” (d.l. 16 luglio 2020, n. 76, conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120), dell’art. 23-*quater* d.P.R. n. 380/2001. Nella prospettiva accolta, prendendo spunto da V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, è possibile riconoscere il valore precettivo e non meramente programmatico delle disposizioni sulla sussidiarietà orizzontale (tale chiave di lettura è stata, fra l’altro, avvalorata da Corte conti, sez. auton., 24 novembre 2017, n. 26). In tale apparato concettuale, merita ricordare le previsioni dell’art. 3, comma 5, TUEL secondo cui «i comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dall’autonomia

beni comuni urbani: la norma sul principio di sussidiarietà orizzontale prevede che la Repubblica favorisce l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale; *ergo* se questi ultimi non si attivano la prima non ha molto da favorire.

Attivarsi per finalità di interesse generale, nel caso di specie, significa prendersi cura dei predetti beni. In tale prospettiva, la *partnership* pubblico-privato si sostanzia nella combinazione fra momenti di autorità amministrativa, cristallizzati nell'adozione dei regolamenti in questione, e nuove forme di consenso racchiuse in appositi strumenti denominati "patti di collaborazione".

In virtù di tali patti, muta il modo di intendere la partecipazione. I cittadini attivi non si limitano ad affermare le proprie pretese in sede procedimentale, essi contribuiscono fattivamente alla soluzione di problemi riguardanti beni e spazi urbani, cioè si impegnano in prima persona nella realizzazione dei patti. Le azioni intraprese, in tal senso, non possono definirsi disinteressate, ma sembra difficile affermare – al di là della denominazione "patti" – che la collaborazione di cui trattasi sia riconducibile al sinallagma contrattuale.

Ciò non significa che la microrigenerazione sia inconciliabile con fattispecie contrattuali e, in particolare, di partenariato sociale¹⁸. La convergenza delle azioni di microrigenerazione prescinde dalla parificazione degli strumenti che la consentono e, piuttosto, si connota per la valenza identitaria degli interventi che rinviene una solida base costituzionale nel principio di solidarietà. In tale scenario, il ruolo dei cittadini attivi emerge alla luce di una norma che salda il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, qual è il diritto alla città¹⁹, all'adempimento dei

iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali», da leggere in combinato disposto con il successivo art. 7 sulla potestà regolamentare di tali enti. L'interesse generale delle attività riguardanti la «riqualificazione di beni pubblici inutilizzati o di beni confiscati alla criminalità organizzata», peraltro, è sancita dall'art. 5, comma 1, lett. z), del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (Codice del Terzo Settore), che rappresenta una significativa articolazione normativa del principio di sussidiarietà orizzontale.

¹⁸ Ad avviso di R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, cit., 642, i patti di collaborazione disciplinati dai regolamenti comunali presentano un preciso aggancio normativo negli artt. 189 e 190 del d.lgs. n. 50/2016 sugli interventi di sussidiarietà orizzontale e il baratto amministrativo.

¹⁹ Che H. LEFEBVRE, *Spazio e politica. Il diritto alla città II*, Verona, 2018, 131, infatti, assimila a quelli della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani: «questi diritti non sono mai formalmente realizzati, ma vi si fa continuamente riferimento per definire la situazione della società». In base al presupposto che i diritti fondamentali si attualizzano nei contesti urbani, J.B. AUBY, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo?*, cit., 14 ss., intravede nel "droit à la ville" una sintesi di diritti basilari come quello all'abitazione, alla sicurezza, alla mobilità, all'accesso ai servizi domestici essenziali (energia, acqua), che consente di

doveri di solidarietà politica, economica e sociale²⁰ che sono alla base dello sviluppo sostenibile.

Per comprendere una simile traiettoria evolutiva, dunque, soccorre il concetto di diritto alla città²¹ che rimanda alla «riattivazione del diritto/dovere di cittadinanza, come momento di epifania e risveglio di coloro che vivono la città»²². La *ratio* degli interventi di microrigenerazione riporta alla genesi del *droit à la ville* quale diritto collettivo (sociale), non individuale (civile)²³, che si traduce nell'esercizio di un potere collettivo sul processo di urbanizzazione²⁴ attraverso la convergenza di una duplice prospettiva, strutturale (rispetto all'opera) e funzionale (rispetto alla fruizione di beni e spazi urbani), che rende i cittadini co-costruttori dei luoghi in cui vivono.

In tale scenario, la città è configurabile come «proiezione della società sul territorio»²⁵ e il diritto alla città²⁶ «si presenta come un appello, come

mettere sotto una nuova luce il rapporto cittadino urbano.

²⁰ Come evidenzia R. CAVALLO PERIN, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2018, 855, «in assenza di più precise disposizioni normative, ogni cittadino può assolvere al proprio dovere di solidarietà con qualsiasi atto o fatto capace di soddisfare gli altrui "diritti dell'uomo"». Anche M.V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, 3, 2017, mette al centro del proprio contributo il concetto di solidarietà. Sul principio di sussidiarietà come razionalizzazione della solidarietà e attuazione del pluralismo, D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, 81 ss.

²¹ Teorizzato per la prima volta da H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville*, Paris, 1968, un secolo dopo l'Opera di K. MARX, *Das Kapital*, Hamburg, 1867, considerata il testo chiave del marxismo e uno dei principali per la filosofia marxista, alla quale il sociologo francese rimase saldamente ancorato anche quando mise a fuoco il significato della formula "*droit à la ville*" nel Suo *Espace et politique. Le droit à la ville II*, Paris, 1972, riferendola ai lavoratori allontanati dai centri urbani: «è pensando a questi abitanti delle periferie, è pensando alla loro segregazione, al loro isolamento, che parlo in un libro di "diritto alla città"» (H. LEFEBVRE, *Spazio e politica*, cit., 121).

²² F. SAITTA, *Il «diritto alla città»*, cit., 69.

²³ Salvo voglia intendersi il diritto alla città, in senso soggettivo, come «il diritto dell'individuo a partecipare all'organizzazione complessa, alla complessità» (R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, 2019, 378). Il concetto di cittadinanza attiva, infatti, è correlato a profili pratici: «non si è cittadini attivi perché una legge riconosce tale qualifica ma perché si partecipa, insieme con altri cittadini e con l'amministrazione, alla cura dei beni comuni del proprio territorio» (G. ARENA, *Amministrazione e società*, cit., 48).

²⁴ Cfr. F. SAITTA, *Il «diritto alla città»*, cit., 60, sulla scia di D. HARVEY, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, Verona, 2016, 8, il quale ricostruisce il *droit à la ville* come risposta dal basso che si oppone alle disuguaglianze dovute all'affermazione del capitalismo, in definitiva, offrendone una visione intrinsecamente anti-capitalista.

²⁵ H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, Verona, 2014, 63.

²⁶ Per riprendere le parole di H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città*, cit., 113, inteso «come forma superiore dei diritti, come diritto alla libertà, all'individualizzazione nella socializzazione,

esigenza» alla vita urbana «trasformata e rinnovata»²⁷. L'esperienza dei regolamenti per l'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani, finora approvati da quasi trecento comuni italiani²⁸, è una delle migliori dimostrazioni dell'attualità del *droit à la ville*. Lo spazio urbano si eleva a «luogo di libero godimento come campo del valore d'uso»²⁹ grazie al contributo – in termini di idee, proposte, iniziative collettive, etc. – di soggetti che nutrono verso determinati luoghi uno spiccato senso di appartenenza poiché contesti che riconoscono come propri.

Si rafforza il diritto alla città e, al contempo, cambia il diritto della città, a partire dal modo in cui vengono governati i suoi spazi e dall'individuazione dei principi giuridici di riferimento³⁰. Fra questi è annoverabile quello di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, Cost. da leggere in combinato disposto con l'art. 117, comma 6, Cost. Tali norme hanno garantito copertura ai suddetti regolamenti in cui è radicata l'idea di poter cambiare e reinventare le città attraverso meccanismi democratici alternativi³¹ volti alla rivitalizzazione di beni e spazi degradati. Le città divengono in tal modo «spazio di diritti e di produzione del diritto»³².

all'habitat e all'abitare».

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ L'elenco, progressivamente aggiornato, è disponibile su www.labsus.org.

²⁹ H. LEFEBVRE, *Il diritto all città*, cit., 96.

³⁰ Secondo J.B. AUBY, *La città, nuova frontiera del diritto amministrativo?*, cit., esiste un insieme di questioni e di meccanismi giuridici riconducibili alla formula "diritto della città" che riunisce quattro gruppi di problemi – spazi pubblici urbani, infrastrutture e servizi urbani, regolazione dell'uso del suolo urbano e governo della città – in relazione ai quali sono individuabili alcune logiche e principi costanti – come il principio di urbanizzazione e il suo corollario rappresentato dal principio di rinnovamento, in base al quale «la città si trasforma su se stessa», e il principio di mutabilità (p. 23) – anche in ragione di un «movimento verso le "città intelligenti"» e, con particolare riguardo al tema degli spazi pubblici, alla luce dell'esigenza di ripensare la teoria della demanialità pubblica «di cui non è sicuro che sia invecchiata bene» (p. 26).

³¹ Per riprendere le parole di D. HARVEY, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, cit., 105, «diversi, cioè, dalle attuali democrazie fondate sul potere del denaro». Per un'efficace analisi della struttura spaziale delle città e delle responsabilità dell'urbanistica nell'aggravamento delle disuguaglianze al suo interno, dato il progressivo discostamento di tali luoghi, specialmente delle metropoli, dall'ideale di luoghi di integrazione culturale e sociale, si veda B. SECCHI, *La città dei ricchi e la città dei poveri*, Roma-Bari, 2013, il quale invita a riflettere sull'importanza di tornare a conferire ai contesti urbani maggiore accessibilità, disegnarli con ambizione, garantirgli qualità e ragionare nuovamente su una dimensione di vita collettiva.

³² P. URBANI, *Sulla pianificazione urbanistica: modalità di acquisizione dei suoli, garanzie dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, II, 310.

3. La rigenerazione “dal basso” dei c.d. beni comuni urbani

A partire dal 2014, sulla scia dell’esperienza del Comune di Bologna, i regolamenti sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani divengono le principali fonti della microrigenerazione. Essi, benché abbiano raggiunto un numero ragguardevole in ogni parte del Paese, presentano talune costanti³³ che li rendono attuazione diretta del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

Non inganni la limitazione dell’ambito di applicazione dei regolamenti ai “beni comuni” urbani. È proprio la valorizzazione del micro-intervento a favorire la partecipazione dei cittadini attivi a nuovi fenomeni di sviluppo, i quali necessitano di essere coordinati in via continuativa e sistematica da parte dei soggetti istituzionali più vicini alla comunità. La rigenerazione dal basso muta l’esistente nel senso che consente di percepirlo sotto una diversa luce, per effetto di innovative forme collaborative tra cittadini e amministrazioni locali imperniate sui principi di fiducia reciproca e buona fede, dei quali costituisce corollario l’informalità intesa come semplicità nella relazione tra pubblico e privato, di pubblicità e trasparenza volti a garantire l’imparzialità e un’ampia inclusione negli interventi, sul principio di condivisione delle responsabilità ai fini del raggiungimento di risultati utili e misurabili; tutto ciò sempre nel rispetto della sostenibilità degli interventi e della proporzionalità, adeguatezza e differenziazione delle azioni a seconda dei contesti da rigenerare³⁴.

È doveroso, inoltre, considerare che i regolamenti non potrebbero comunque assegnare ai patti di collaborazione una funzione sostitutiva di attività amministrative. Intendere i cittadini come co-amministratori di beni e spazi urbani, ovvero attribuire agli stessi forme condivise di

³³ La struttura dei regolamenti tende a riprodurre il modello bolognese, componendosi di vari capi dedicati all’enunciazione delle definizioni e dei principi generali, alle regole procedurali – variabili, a seconda della natura, ordinaria o complessa, dell’intervento su beni e spazi urbani – e alle forme di sostegno per incentivare gli interventi di microrigenerazione, alla valutazione delle attività di collaborazione, alle forme di responsabilità e di vigilanza. Per un’analisi a campione di alcune decine di regolamenti per l’amministrazione condivisa dei beni comuni urbani, F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani di fonte comunale in particolare confronto con la funzione di gestione del territorio*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto della città*, a cura di F. DI LASCIO, F. GIGLIONI, Bologna, 2017, 210 ss.

³⁴ Per una sintesi dei suddetti principi, rintracciabili nei vari regolamenti comunali adottati sulla falsariga di quello bolognese, si veda il citato prototipo di Regolamento elaborato da Labsus.

responsabilità, non deve favorire prassi elusive delle regole di evidenza pubblica o privare gli enti locali della titolarità dei loro compiti verso l'ambiente urbano, cioè il coinvolgimento della cittadinanza attiva ha luogo sempre in via integrativa e mai sostitutiva in ossequio alla logica sussidiaria propria della microrigenerazione.

In tale scenario, la fonte regolamentare restituisce peso al decisore pubblico, rimettendo ai patti di collaborazione la regolazione del rapporto tra cittadini attivi ed enti locali concernente la cura di quelli che vengono abitualmente definiti "beni comuni" urbani³⁵, accezione che vale a contraddistinguere i «beni materiali, immateriali e digitali che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona, al benessere individuale e collettivo, alla coesione sociale e alla vita delle generazioni future, per i quali i cittadini si attivano per garantirne e migliorarne la fruizione collettiva e condividere con l'amministrazione la responsabilità della loro cura, gestione condivisa o rigenerazione»³⁶.

Nel momento in cui si accoglie l'idea che i beni in argomento divengono il punto di riferimento oggettivo di una pluralità di interessi giuridicamente rilevanti e, dunque, si abbandona la dimensione individualistica a favore di quella comunitaria, valorizzata dalla pronuncia delle SS.UU. sulle

³⁵ Non è questa la sede per ricostruire il dibattito sui "beni comuni" di cui v'è ampia traccia anche (*rectius*: soprattutto) a seguito del tentativo (fallito) della "Commissione Rodotà" di riformare il titolo I del libro III del codice civile con particolare riguardo ai beni pubblici demaniali e patrimoniali: per un inquadramento, M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *Dir. econ.*, 2009, 11 ss. Già M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 33 ss., si era occupato di tali beni, dei quali evidenziava la fruizione collettiva segnalando, sul piano del regime giuridico, una duplice caratteristica: la rilevanza internazionale (si pensi all'etere e oggi alle reti internet) e il tratto distintivo concernente la loro conservazione e fruibilità (si configurano come «beni che rendono servizi indivisibili per natura»). Con particolare riguardo ai beni comuni urbani, anche per indicazioni bibliografiche, R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, A. QUARTA (a cura di) *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive*, Soveria Mannelli, 2020; P. CHIRULLI - C. IAIONE (a cura di), *La Co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018; in una prospettiva più generale, G. ARENA - C. IAIONE, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012; M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012; U. MATTEI - E. REVIGLIO - S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma dei beni pubblici*, Bologna, 2007.

³⁶ Così l'art. 2, comma 1, lett. a), della l. reg. Toscana n. 71/2020. In senso analogo v. anche l'art. 2, comma 1, lett. d), della l. reg. Lazio n. 10/2019. I regolamenti comunali in genere affiancano alla definizione di beni comuni quella di "spazi pubblici" quali «aree verdi, piazze, strade, marciapiedi e altri spazi pubblici o aperti al pubblico, di proprietà pubblica o assoggettati ad uso pubblico» (così l'art. 2, comma 1, lett. i, del Regolamento di Bologna).

valli da pesca³⁷, riemerge la centralità dell'ente pubblico. Esso deve dimostrarsi in grado di intercettare le istanze "comunitarie" dei soggetti che si propongono come co-amministratori in virtù di un principio di collaborazione civica incentrato sulla natura relazionale e il valore sociale del bene "comune"³⁸. Una simile configurazione del bene, strumentale al godimento di libertà fondamentali dell'individuo ascrivibili al diritto alla città, non pregiudica l'impostazione dicotomica proprietà pubblica - privata³⁹, anche in considerazione di una possibile rilettura dell'art. 838 c.c., ma favorisce un ripensamento del ruolo delle autorità pubbliche nei contesti urbani per accedere a un'innovativa forma di amministrazione condivisa⁴⁰.

³⁷ Cass. civ., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, con nota di F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss., in base alla quale "comune" vuol dire «strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini».

³⁸ Sul punto cfr. S. NESPOR, *Tragedie e commedie del nuovo mondo dei beni comuni*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 676, e, più di recente, E. BOSCOLO, *Beni pubblici e beni comuni: appunti per una sistemazione teorica*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, vol. I, Napoli, 2019, 175, il quale evidenzia che «i beni comuni non costituiscono un *tertium genus* tra beni soggettivamente pubblici e quelli privati: si parla di beni comuni non per delineare un modello di innovativa appartenenza ma piuttosto per esprimere indicazioni circa le funzioni del bene».

³⁹ La stessa pronuncia delle Sezioni Unite sopra richiamata, pur evidenziando l'esigenza di rileggere lo statuto della proprietà pubblica ai sensi degli artt. 2, 9 e 42 Cost., tanto da ritenere «ormai datata la prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica», adotta una soluzione aderente al diritto positivo vigente, lasciando in definitiva emergere la natura demaniale del bene in contestazione: «la demanialità naturalmente acquisita da tempo immemorabile con l'espandersi delle acque lagunari non può cessare per effetto di mere attività materiali eseguite da soggetti privati, sia pure nell'inerzia o con la tolleranza degli organi pubblici».

⁴⁰ Ad avviso di M.G. DELLA SCALA, *La "città sostenibile" tra pianificazione e strumenti urbanistici integrativi*, in *La coesione politico-territoriale*, a cura di G. DE GIORGI CEZZI, P.L. PORTALURI, Firenze, 2016, 347, «se il ricorso alla categoria dei 'beni comuni' appare poco più di un richiamo a istanze di tutela, senza attuali possibilità di tradursi in un preciso regime giuridico, merita considerazione l'idea, peraltro con prospettive applicative di più ampio respiro, di una rivitalizzazione della nota categoria della demanialità». Sul punto si possono adattare i rilievi di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, 303, secondo cui «la stessa ragione giustificatrice dello speciale regime riservato dall'ordinamento ai beni pubblici non può essere colta nella dimensione statica del rapporto dominicale, ma soltanto nella disciplina della fruizione degli usi previsti, ammessi o compatibili rispetto a ciascuna categoria di beni». Si vedano, inoltre, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Milano, 1983, 11 ss., secondo cui nella disciplina dei beni pubblici «è il regime dell'uso collettivo che viene in considerazione piuttosto che il regime della situazione di appartenenza concernente il bene», ed A. ROMANO, *Demanialità*

4. *Il dibattito sulla natura dei patti di collaborazione*

I regolamenti sull'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani sono prodromici alla stipula dei patti di collaborazione. Mentre i primi garantiscono dignità giuridica alle innovative tecniche di *governance* urbana in esame, in virtù dei secondi i soggetti pubblici e privati concordano l'ambito degli interventi⁴¹.

Il contenuto dei patti può variare a seconda del grado di complessità delle azioni di cura, gestione condivisa e rigenerazione, nonché della durata della collaborazione. Soprattutto con riferimento alle azioni più complesse, vuoi per la dimensione dell'intervento, vuoi per la natura del bene⁴², la previsione nella struttura organizzativa dell'ente di un "ufficio per l'amministrazione condivisa"⁴³ si rivela centrale, agevolando le valutazioni sulla fattibilità delle proposte, prima della co-progettazione, e il monitoraggio della loro esecuzione. Qualora il medesimo bene fosse oggetto di varie proposte, peraltro, il dirigente del predetto ufficio potrebbe favorire, per ragioni di inclusione, l'elaborazione di un'unica istanza assecondando forme di dialogo cooperativo.

I patti, dunque, mettono a punto l'alleanza finalizzata alla soluzione di problemi di interesse generale, cioè sono il luogo della partecipazione per il superamento di criticità che possono affliggere i beni comuni urbani. Mentre questa chiave di lettura è tutto sommato pacifica, intorno alla natura dei patti di collaborazione si è sviluppato un vivace dibattito dottrinale inquadrabile alla stregua di tre diversi orientamenti.

In base al primo, si sarebbe al cospetto di veri e propri contratti come, del resto, dovrebbe suggerire il *nomen* "patti". L'alleanza tra amministrazione e cittadini attivi nella lotta contro la complessità dei problemi, la scarsità dei mezzi per la loro soluzione, l'aumento delle esigenze urbane sono tutti fattori che richiedono condivisione di responsabilità e risorse la quale non

e patrimonialità: a proposito dei beni culturali, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di V. CAPUTI JAMBRENGHI, Milano, 1999, 412, che ha evidenziato l'interposizione solo strumentale dello Stato e degli enti pubblici territoriali tra beni demaniali e collettività, finalizzata a garantirne un'effettiva appartenenza collettiva e la generale utilizzazione.

⁴¹ Cfr. G. GARDINI, *Alla ricerca della "città giusta"*, cit., 77.

⁴² Si pensi ad un bene culturale, allorquando ai cittadini attivi potrà richiedersi la dimostrazione della propria capacità organizzativa e tecnico-finanziaria al fine di assicurare il rispetto della normativa vigente, fermo restando i necessari atti di autorizzazione e controllo ad opera degli organi competenti.

⁴³ Così denominato dall'art. 6, comma 2, del prototipo di Regolamento Labsus.

potrebbe che fondarsi su originali⁴⁴ strumenti giuridici paritari⁴⁵. Dal punto di vista formale, l'equiparazione dei patti di collaborazione ai contratti di diritto privato si basa sul riconoscimento, in capo alle amministrazioni, della titolarità di capacità giuridica generale e sull'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990⁴⁶. Dal punto di vista sostanziale, detta equiparazione è sembrata più coerente con il tentativo di affrancare la partecipazione dei cittadini dalle logiche del diritto pubblico come modello tendenzialmente verticale⁴⁷.

Quand'anche si ritenesse la clausola di salvezza di cui al citato comma 1-*bis* – «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» – riferibile a fonti diverse dalla legge statale, tuttavia, bisognerebbe constatare che la materia contrattuale appartiene all'ordinamento civile, per cui detta norma non potrebbe legittimare un regolamento a fondare l'esistenza di contratti di diritto speciale⁴⁸. Inoltre, è riscontrabile un'incongruenza tra finalità dei patti di collaborazione e contratti a titolo oneroso⁴⁹. Le azioni intraprese dai cittadini attivi non devono essere rivolte a scopi lucrativi, il patto ha una causa in concreto diversa dal contratto di partenariato pubblico-privato oneroso. Ciò anche ove si consideri la visibilità ottenuta dai cittadini in questione, da non confondere con l'utile immateriale, ad esempio, derivante dall'esecuzione di un contratto di sponsorizzazione.

Un secondo orientamento si è quindi concentrato sull'art. 11 della l. n. 241/1990. Il patto, in sostanza, concluderebbe un procedimento disciplinato dai regolamenti comunali sull'amministrazione condivisa⁵⁰, rivelando la propria natura di accordo atipico rientrante nell'urbanistica consensuale⁵¹.

⁴⁴ Per la configurazione dei patti di collaborazione come atti giuridici «di natura del tutto nuova ed originale», si veda L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., 133.

⁴⁵ Cfr. G. ARENA, *Amministrazione e società*, cit., 53.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ R.A. ALBANESE, E. MICHELAZZO, *Manuale di diritto dei beni comuni urbani*, Torino, 2020, 115.

⁴⁸ Così, da ultimo, A. GIUSTI, *I patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa*, in *Gestire i beni comuni urbani*, cit., 26.

⁴⁹ Cfr. F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 296.

⁵⁰ F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani*, cit., 299.

⁵¹ Bisogna, in realtà, osservare come l'impronta sociale degli interventi di microrigenerazione regolati dai patti di collaborazione faccia emergere azioni collettive che, viceversa, non

Si tratterebbe, nello specifico, di accordi necessitati «il cui possibile esito non matura *nel* procedimento, ma *prima* del procedimento»⁵². Si parla di accordi "necessitati" poiché la conclusione del procedimento non potrebbe che condurre alla stipula del patto senza l'alternativa del provvedimento; non perché all'amministrazione sia astrattamente precluso un diverso esito, ma in quanto «la collaborazione è intesa come fine istituzionale in sé»⁵³.

Un terzo orientamento, infine, propone una lettura dei patti di collaborazione come esercizio consensuale di attività amministrativa non autoritativa. Tale impostazione, che trae conferme notevoli specie nell'originaria esperienza dei regolamenti comunali⁵⁴, da un lato sottolinea le criticità legate agli indirizzi sopra illustrati, dall'altro mira a individuare una norma di legge in grado di far convivere due anime: quella autoritativa che si manifesta nell'adozione del regolamento e quella paritaria dei patti di collaborazione⁵⁵.

Sotto il primo profilo, viene in particolare rilevata l'assenza di verticalità caratteristica degli accordi *ex art.* 11 della l. n. 241/1990. La natura degli

costituiscono il *proprium* delle convenzioni urbanistiche atte a promuovere l'agire privato: cfr. F. GIGLIONI, *La rigenerazione dei beni urbani*, cit., 223, e, diffusamente, M.V. FERRONI, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008, 157 ss. Si veda, inoltre, A. CONTIERI, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultati*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (Atti del Convegno, Palermo, 27-28 febbraio 2003), a cura di M. IMMORDINO, A. POLICE, Torino, 2004, 283, che si sofferma su situazioni in relazione alle quali, per riprendere le parole di P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, 227, la p.a. ha «necessità di instaurare il rapporto con il privato, il cui interesse – se soddisfatto – determina allo stesso tempo la possibilità per l'Amministrazione di raggiungere gli obiettivi e i risultati che si è prefissata». Vengono in rilievo figure come i contratti d'area, i patti territoriali e i contratti di programma, rispetto alle quali l'interesse privato è assorbito da quello pubblico in funzione dello sviluppo economico che non sarebbe raggiungibile senza il coinvolgimento dell'imprenditore. Si tratta, invero, di fattispecie che si discostano dai patti di collaborazione.

⁵² Così F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Ist. federalismo*, 2018, 68, sulle orme di N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 564, che sostiene la possibilità di stipulare accordi all'infuori di relazioni assunte nell'ambito di un procedimento amministrativo se il fine principale consiste nella realizzazione di una relazione collaborativa.

⁵³ F. GIGLIONI, *Le città come ordinamento giuridico*, cit., 69.

⁵⁴ La maggioranza dei regolamenti sui beni comuni urbani successivi a quello bolognese si allineano al disposto dell'art. 1, comma 3, secondo cui «la collaborazione tra cittadini e amministrazione si estrinseca nell'adozione di atti amministrativi di natura non autoritativa» (si veda, ad esempio, l'art. 1, comma 4, del Regolamento di Torino approvato con delibera del consiglio comunale del 2 dicembre 2019, n. 391, che sostituisce il precedente regolamento approvato con deliberazione n. 375 del 25 gennaio 2016).

⁵⁵ Cfr. A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., 157.

accordi tra amministrazioni e privati sarebbe allora inconciliabile con la logica paritaria richiesta dall'amministrazione condivisa a prescindere dal fatto che i regolamenti si riferiscano, o meno, all'esercizio di attività autoritativa. Sotto il secondo profilo, l'accento è posto sull'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 che cristallizza la distinzione fra attività autoritativa e non autoritativa prevedendo, per quest'ultima, l'applicazione del diritto privato salvo diversa previsione di legge. Tale norma fornirebbe la cornice giuridica ai patti di collaborazione⁵⁶, da non confondere con manifestazioni unilaterali o consensuali di potere amministrativo riconducibili al concetto di "autorità" recepito dalla giurisprudenza costituzionale⁵⁷.

5. Autoritatività del potere, imperatività del provvedimento e attività amministrativa di diritto privato

Le principali obiezioni alla configurazione dei patti di collaborazione come atti amministrativi di natura non autoritativa attengono, sostanzialmente, alle incertezze applicative dell'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 e al significato controverso del concetto di "autoritatività"⁵⁸. Le prime legate al travagliato *iter* che ha condotto all'approvazione della

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ La giurisdizione amministrativa, storicamente, nasce in quanto giurisdizione che meglio si modella sull'esercizio del potere e il giudice amministrativo esiste come giudice speciale in quanto il potere che la legge riconosce all'amministrazione per il perseguimento di fini di interesse generale è "speciale". È questo il principale insegnamento ereditato dalla fondamentale sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, ribadito a più riprese (cfr. Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191; Id., 5 febbraio 2010, n. 35) e, infine, recepito dall'art. 7, comma 1, c.p.a. L'ampliamento dell'area di giurisdizione esclusiva, secondo la Consulta, non può prescindere dal riferimento a materie – in tal senso particolari a norma dell'art. 103 Cost. – che, pur in assenza di apposita previsione, contemplerebbero comunque la giurisdizione generale di legittimità «in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità» (Corte cost. n. 204/2004).

⁵⁸ Sulle differenti declinazioni della nozione di "autorità" con riferimento all'attività amministrativa, si veda B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, spec. 355 ss. in relazione alle critiche alle diverse accezioni di "imperatività" del provvedimento amministrativo, secondo cui il potere amministrativo parteciperebbe delle stesse caratteristiche del potere privato o del diritto potestativo, sicché l'imperatività non varrebbe a contraddistinguere il provvedimento rispetto agli altri atti di esercizio del potere.

l. n. 15/2005 cui si deve l'introduzione del suddetto comma 1-*bis*⁵⁹, le seconde riconducibili al dibattito teorico sui caratteri del provvedimento amministrativo, con particolare riguardo alla possibilità di scindere le classiche nozioni di autoritatività (o autoritarietà) e imperatività⁶⁰, l'una riferibile al potere amministrativo e l'altra al provvedimento⁶¹.

La dottrina dominante si è condivisibilmente attestata nel senso di

⁵⁹ L'introduzione del comma 1-*bis* all'interno dell'art. 1 della l. n. 241/1990 ad opera dell'art. 1, comma 1, lett. b), della l. 11 febbraio 2005, n. 15, giunge all'esito di un complesso *iter* che parte dai tentativi paralleli di riforma costituzionale. La Commissione bicamerale istituita con l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1, aveva previsto di dedicare all'organizzazione e all'attività amministrativa l'art. 106 del progetto, il cui secondo comma sulla "forma dell'attività amministrativa" disponeva che «Le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme del diritto privato. Sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato a terzi, secondo le regole del diritto civile». Sull'incerto *iter* che ha condotto all'attuale versione della norma *de qua*, fra i molti, V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 222 ss.; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, 2016, 95 ss.; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 481 ss.; N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis. Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La Pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, 77 ss. Cfr., inoltre, i contributi pubblicati dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo nel *Dossier sul disegno di legge A.S. n. 4860 "Norme generali sull'attività amministrativa"* (Roma, 25 gennaio 2001) successivo al testo approvato dalla Camera dei deputati il 25 ottobre 2000 sulla base della proposta di legge n. 6844 presentata dall'onorevole Cerulli Irelli, il quale stabiliva che «Salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato. In ogni caso le amministrazioni pubbliche agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi» (art. 2).

⁶⁰ Nella sua ricostruzione più recente, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 279, definisce l'imperatività – uno dei due elementi, assieme all'autotutela, in cui si concreta l'autorità – come la capacità del provvedimento di produrre «un'immolazione delle situazioni giuridiche soggettive che storicamente si trova dinanzi allorchè viene adottato, per cui le estingue, le modifica, le sostituisce con altre, le trasferisce, in una parola produce l'avverarsi di eventi di nascita modificazione ed estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce». Merita osservare che secondo questa dottrina «l'imperatività del provvedimento amministrativo non è l'autorità dell'atto che enuncia la volontà di legge nel caso concreto (...). Sotto certi aspetti è più forte, ma sotto altri lo è di più» (*ibidem*).

⁶¹ Cfr., per tutti, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 49 s., secondo cui «il carattere autoritativo non attiene propriamente al provvedimento e si manifesta prima che il provvedimento venga in essere (...). Non esistono provvedimenti autoritativi, ma soltanto poteri autoritativi: l'autoritatività del provvedimento non è altro che l'immagine riflessa dell'autoritatività del potere (...). La qualità che invece pertiene al provvedimento è l'imperatività».

riconoscere che l'imperatività rappresenta un connotato tipico di ogni provvedimento, a prescindere dal suo contenuto *lato sensu* ablatorio o ampliativo⁶², ovvero dalla natura discrezionale o vincolata del potere⁶³. Maggiori dubbi, che occorre affrontare al fine di sostenere la tesi dei patti di collaborazione come atti di natura non autoritativa, sono invece riscontrabili in relazione alla c.d. funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa; all'applicabilità dei principi generali riguardanti tale attività laddove l'amministrazione agisca mediante atti non autoritativi; alla natura degli accordi procedimentali e sostitutivi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990.

La prima questione è strettamente correlata al progressivo ampliamento dell'area del contratto e, più in generale, delle fattispecie consensuali come moduli alternativi all'esercizio unilaterale del potere. Alla stregua della teoria del c.d. vincolo di scopo come espressione del principio di legalità, inteso nella duplice accezione di titolo e limite dei poteri autoritativi, ma anche di strumento di indirizzo dell'amministrazione e della sua attività, non è sembrato possibile escludere che detto vincolo non coincide con l'interesse pubblico tipizzato dalla norma attributiva del potere⁶⁴. Se il vincolo di scopo non coincide con l'interesse pubblico, di conseguenza, si

⁶² L'espressione "atti autoritativi" è stata talvolta impiegata per designare i soli atti che non necessitano del consenso del destinatario degli effetti, donde la difficoltà di comprendere come provvedimenti ampliati, quali le autorizzazioni o le concessioni (cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 233 ss.), possano essere considerati provvedimenti imperativi. Per una simile chiave di lettura, con particolare riguardo alle concessioni, si veda D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2016, 145.

⁶³ Ha contestato il carattere imperativo dei provvedimenti amministrativi vincolati, in quanto meramente ricognitivi di diritti degli interessati, principalmente, A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, 58 ss.; ID., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss.; cui *adde* L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento autonomo*, Padova, 1996, 42 ss. La giurisprudenza amministrativa, nonostante alcune oscillazioni, ha riconosciuto la propria giurisdizione in presenza di provvedimenti vincolati (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 24 maggio 2007, n. 8; più di recente, Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7820), dovendosi «escludere che il carattere vincolato dell'attività svolta denoti *ipso facto* l'assenza, in capo alla P.A., di una posizione di supremazia, nonché la conseguente natura paritetica degli atti adottati dalla stessa P.A. nel rapporto con l'amministrato. La circostanza che il potere amministrativo sia vincolato – e cioè che il suo esercizio sia predeterminato dalla legge nell'*an* e nel *quomodo* – non trasforma il potere medesimo in una categoria civilistica (...): il potere vincolato resta comunque espressione di "supremazia" o di "funzione"» (CGARS, 13 settembre 2021, n. 802, che ha annullato, con rinvio al primo giudice, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 28 maggio 2021, n. 1763).

⁶⁴ N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis*, cit., 101 s.

pongono le basi per il superamento dell'impostazione secondo cui l'intera attività amministrativa è finalisticamente orientata⁶⁵.

Che l'attività privata delle pubbliche amministrazioni non sia interamente transitata nel campo del diritto pubblico non è ragionevolmente contestabile, ma sembra, del pari, difficile disconoscere come tale attività abbia progressivamente assunto i caratteri di un'attività amministrativa di diritto privato, cessando di essere attività privata come negli atti di gestione teorizzati soprattutto nella seconda metà nel XIX secolo⁶⁶. In tale prospettiva, si è osservato che «l'attività amministrativa secondo moduli negoziali (l'attività amministrativa di diritto privato) non può essere senz'altro accomunata all'azione giuridica dei soggetti privati (espressione dell'autonomia privata) e reca in sé sempre qualche elemento di funzionalizzazione»⁶⁷.

⁶⁵ Sulla funzionalizzazione di tutta l'attività amministrativa al perseguimento in concreto del pubblico interesse, da ultimo, M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. COCA, Torino, 2021, 374, cui adde ID., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 132. La suddetta tesi "revisionista" si regge sulla premessa che l'aggettivo "funzionalizzato" esprime un significato preciso, «l'attività amministrativa si traduce in funzione, cioè nella manifestazione dinamica del potere autoritativo»: N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis*, cit., 101 (nt. 78), sulla scia dell'insegnamento di Benvenuti, il quale, rispetto all'impostazione tradizionale volta a identificare la funzione sotto il profilo teleologico (S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 172 ss.), l'ha declinata come attività di trasformazione del potere nell'atto imputabile al suo autore; v. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 29 ss., ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 122 ss.

⁶⁶ F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., 15.

⁶⁷ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, cit., 222. Sulla necessità di armonizzare la funzione del "contratto" alla pubblicità dei fini perseguiti dalle amministrazioni, diffusamente, M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996. Si veda già A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss. In tale ordine di idee si muove l'analisi di L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988. Per una chiave di lettura volta a evidenziare l'impermeabilità del negozio rispetto all'interesse di ciascuna parte, in quanto interesse «oggetto di una libera disposizione e non criterio o canone dell'attività del soggetto», F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, 1965, 63. Secondo G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 90, la fattispecie contrattuale rappresenta una manifestazione del «potere (privatistico) di autoregolamentazione della (...) sfera giuridica» dell'amministrazione, donde l'affermata esistenza di una categoria di «atti amministrativi negoziali» (es. il bando di gara) sottoposti a un regime differenziato rispetto ai provvedimenti e la possibilità di neutralizzare la rilevanza dell'evidenza pubblica sulla struttura del contratto.

Il carattere di specialità dell'attività di diritto privato dell'amministrazione risponde a una tradizione consolidata⁶⁸ facilmente individuabile in materia di contratti pubblici. La fase esecutiva disciplinata dal nuovo codice, nello specifico, si caratterizza per la presenza di numerosi poteri riservati al soggetto pubblico idonei a rivelare spiccati profili di specialità discendenti dalla natura del contraente. Anche a seguito del provvedimento di aggiudicazione, con la conclusione della fase di evidenza pubblica e l'applicazione del diritto privato, sono individuabili previsioni speciali volte a integrare o sostituire quelle ordinarie⁶⁹.

Permane un'intrinseca diversità fra autonomia negoziale dei soggetti privati, tenuti a uniformarsi a criteri di meritevolezza e liceità, e di quelli pubblici. L'inciso finale «salvo che la legge disponga diversamente» di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990 conferma la specialità dell'amministrazione contraente e, più in generale, l'esigenza di temperare la flessibilità e la parità proprie degli strumenti privatistici con il necessario regime funzionalizzato dell'attività amministrativa⁷⁰. I principi enunciati dall'art. 1 della l. n. 241/1990 – norma, invero, dedicata all'intera attività amministrativa – sono, pertanto, riferibili anche alle ipotesi in cui l'amministrazione non agisce in via autoritativa⁷¹, ma comunque in funzione del perseguimento di un interesse pubblico⁷². E, del

⁶⁸ D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1 "bis" della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Bologna, 2007, 35.

⁶⁹ Cfr. Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14. Parlano di "focolai pubblicistici" F. FRACCHIA, W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, 2020, 203 ss., muovendo dalla considerazione che l'amministrazione è tenuta a perseguire l'interesse pubblico anche nella fase esecutiva, ove utilizzi facoltà e poteri di diritto privato: «anche un recesso, una risoluzione, o l'approvazione di una variante implicano valutazioni che la parte pubblica deve svolgere alla luce dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento» (p. 218).

⁷⁰ R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 48.

⁷¹ Converge su questa soluzione D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1 "bis" della legge n. 241 del 1990*, cit., 33. Per una diversa chiave di lettura v. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 18, secondo cui «è da presumere che gli atti di natura non autoritativa esulino dall'ambito dell'attività amministrativa presa in considerazione dal comma 1»; in senso analogo, F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. CdS*, 2005, 957.

⁷² Si veda A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana*, cit., 158, la quale, citando N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis*, cit., 83, osserva che il rispetto dei principi generali, trattandosi di attività non autoritativa, non rileva ai fini di un sindacato di legittimità, ma nelle

resto, nel momento in cui viene sancito che i privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei suddetti principi *ex art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241/1990*, è ragionevole concludere nel senso che lo stesso vale per i soggetti pubblici che operano con moduli privatistici⁷³.

6. *I patti di collaborazione come atti amministrativi di natura non autoritativa*

Resta da chiarire la questione riguardante la natura giuridica degli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento. Merita ricordare, al riguardo, che l'ambito operativo degli accordi si conforma a quello storicamente riservato non al contratto, ma al provvedimento⁷⁴. Anziché esercitare il potere in via unilaterale, l'amministrazione può ricorrere a un *modus operandi* alternativo fondato sul consenso.

In ogni caso è riscontrabile l'esistenza di un potere, da cui discende un forte condizionamento pubblicistico della disciplina degli accordi,

«valutazioni circa il complesso dell'azione amministrativa posta in essere in sede di controllo di gestione, di esercizio dell'azione di responsabilità avanti alla Corte dei Conti, di esercizio dell'azione di responsabilità civile».

⁷³ Cfr. M. GOLA, *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 217, in linea a Tar Lombardia, Milano, sez. III, 14 maggio 2010, n. 1489, in materia di lavoro pubblico, secondo cui «la legge sul procedimento amministrativo detta oggi una disciplina "comune" a garanzia della "funzionalizzazione" anche dell'attività amministrativa di diritto privato».

⁷⁴ Si veda, per un inquadramento, F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 103 ss. e 159 ss. Gli autori che sostengono la tesi c.d. pubblicistica degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990 rilevano l'impossibilità di confondere con i contratti di diritto comune strumenti consensuali al più classificabili come atti bilaterali non negoziali ovvero, sulla scia dell'esperienza tedesca, contratti di diritto pubblico: v. per tutti M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 143 ss.; ID., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., 145 ss., ove si osserva che gli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990 «non possono che qualificarsi come contratti di diritto pubblico e dunque non possono che avere, pur rimanendo veri e propri contratti, una loro specificità» (p. 149). Già l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, nel parere del 19 febbraio 1987, n. 7, aveva segnalato che la comune dizione "accordi" fa riferimento sia a moduli aventi natura marcatamente procedimentale, cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio di potestà pubbliche, sia ad accordi aventi contenuto più propriamente contrattuale, i c.d. contratti ad oggetto pubblico che dettano la disciplina degli aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di tali potestà.

sia sul piano sostanziale che della tutela. In primo luogo, l'art. 11 della l. n. 241/1990 offre molteplici dati che depongono nel senso dello statuto pubblicistico degli accordi: il necessario perseguimento dell'interesse pubblico e il riferimento alla discrezionalità; il richiamo, salvo diverse previsioni, ai soli principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, nei limiti della compatibilità; l'obbligo di motivazione⁷⁵; l'invarianza rispetto al regime dei controlli previsti per gli accordi sostitutivi⁷⁶; l'analogia tra il potere di recesso dell'amministrazione dall'accordo e la revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse⁷⁷; la necessità, a garanzia dei principi di imparzialità e di buon andamento, di far precedere la stipula dell'accordo da una determinazione dell'organo competente per l'adozione del provvedimento⁷⁸. In secondo luogo, la tesi privatistica appare inconciliabile con la giurisprudenza costituzionale sui limiti entro cui il legislatore può modellare la giurisdizione esclusiva, essendosi chiarito che il ricorso agli accordi presuppone l'esistenza di un potere autoritativo in capo all'amministrazione⁷⁹.

L'amministrazione preserva la propria posizione di supremazia a dispetto della struttura (bilaterale) di un atto che «interviene a determinare consensualmente il contenuto di un provvedimento amministrativo o a regolare i rapporti economici discendenti da quest'ultimo; altre volte addirittura in sua sostituzione»⁸⁰. In altri termini, trattasi di moduli

⁷⁵ Introdotto ai sensi dell'art. 1, comma 47, della legge "anticorruzione" 6 novembre 2012, n. 190.

⁷⁶ In caso di accordi integrativi, ove previsto, il controllo riguarderà direttamente il provvedimento finale.

⁷⁷ Sul «rapporto di sostanziale equivalenza tra revoca e recesso», premessa la natura pubblicistica degli accordi ex art. 11 della l. n. 241/1990, si veda M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., 142.

⁷⁸ Prodotto delle modifiche apportate all'art. 11 della l. n. 241/1990 dalla l. n. 15/2005 (art. 7, comma 1, lett. b).

⁷⁹ Sulla scia della giurisprudenza costituzionale in precedenza richiamata, Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179, correla la giurisdizione del giudice amministrativo alla circostanza per cui l'amministrazione agisca «come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio».

⁸⁰ Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786. Il riferimento deve intendersi effettuato sia agli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, sia alle c.d. concessioni-contratto, allorché il rapporto tra amministrazione e concessionario «proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del

convenzionali di esercizio del potere rispetto ai quali non rileva l'art. 1, comma 1-*bis*, della l. n. 241/1990.

In conclusione, si possono estrapolare i seguenti risultati: se autoritativo significa espressione di autorità ed è configurabile come tale l'amministrazione che esercita un pubblico potere, allora gli accordi disciplinati dalla legge sul procedimento costituiscono atti non imperativi esercizio di un potere autoritativo; dunque l'autoritarietà è una caratteristica del potere che può manifestarsi attraverso moduli unilaterali (provvedimenti) o consensuali (accordi); anche nei casi di attività non autoritativa, le amministrazioni devono rispettare i principi di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990. A tale stregua, sono riscontrabili i seguenti caratteri essenziali dei patti di collaborazione: sul piano della struttura, si tratta di atti amministrativi non autoritativi; sul piano della funzione, i patti sono finalisticamente orientati a garantire forme di amministrazione condivisa aventi ad oggetto la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani; sul piano della formazione, i patti intervengono in risposta ad una sollecitazione dell'amministrazione o in base ad un'autonoma iniziativa dei cittadini attivi, nella cornice delineata dai regolamenti; sul piano della disciplina, l'applicazione di regole di matrice privatistica non esclude il rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa, fra cui si annoverano quelli di collaborazione e di buona fede, alquanto significativi nell'orizzonte dell'amministrazione condivisa.

codice civile, le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto compatibili ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, né ciò è indicato dalla l. n. 241/1990, e in particolare dal suo art. 11» (Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653).