

La cura dei beni comuni tra teoria e prassi

Un'analisi interdisciplinare

A cura di
Daniele Donati



DIRITTO E SOCIETÀ

FrancoAngeli 

Il progetto dell'Osservatorio sui Beni Comuni e questo volume sono stati realizzati con il contributo di



Fondazione
Compagnia
di San Paolo



FONDAZIONE DEL MONTE
DI BOLOGNA E RAVENNA
1473



Con il coordinamento organizzativo di



Isbn: 9788835166801

Copyright © 2024 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy

Publicato con licenza *Creative Commons Attribuzione-Non Commerciale-Non opere derivate*
4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.it>

Copyright © 2024 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy. ISBN 9788835166801

INDICE

Parte I – L'impostazione teorica

- I. **Dai beni comuni al benessere comunitario. Evidenze, incertezze e limiti di un concetto sotto osservazione**, di *Daniele Donati* pag. 9
- II. **I beni comuni nella teoria dei beni pubblici. Tentativi di una classificazione**, di *Eugenio Fidelbo* » 37
- III. **Beni comuni, azioni collettive e amministrazione condivisa: un inquadramento della materia. La prospettiva di una lettura dinamica sull'attività**, di *Gloria Pettinari* » 69

Parte II – L'analisi dei casi

- IV. **L'Osservatorio sui Beni Comuni. Analisi delle prassi amministrative in alcuni comuni italiani**, di *Eugenio Fidelbo* e *Gloria Pettinari* » 143

Parte III – Approfondimenti

- V. **Les biens communs en France: aperçu theorique et pratique**, di *Édouard Jourdain* » 213

VI.	Sull'interesse generale nella cura dei beni comuni, di <i>Daniela Ciaffi</i>	pag. 229
VII.	Beni comuni tra orizzonte urbano e dimensione "politica" del paesaggio, di <i>Marina Arena</i>	» 257
VIII.	La governance dei beni comuni: l'affermazione della comunità. Il caso di Bologna, di <i>Nicola Granato</i> e <i>Franco Mosconi</i>	» 275
IX.	Il regime giuridico dei beni comuni nel contesto del diritto positivo, di <i>Fabio Giglioni</i>	» 297
X.	Sussidiarietà orizzontale e attività di rilevanza eco- nomica. Beni comuni, servizi pubblici locali e im- presa, di <i>Benedetta Celati</i>	» 311
XI.	Etica della cura e approccio di collettività e ammi- nistrazioni ai beni comuni, di <i>Alessandra Pioggia</i>	» 329
	Autrici e Autori	» 349

IX.

IL REGIME GIURIDICO DEI BENI COMUNI NEL CONTESTO DEL DIRITTO POSITIVO

di *Fabio Giglioni*

SOMMARIO: 1. I beni comuni espressione del diritto comunitario. – 2. L'art. 6 del codice dei contratti pubblici. – 3. L'art. 10 del decreto legislativo 201 del 2022. – 4. La duplice natura del comune. – 5. Conclusioni.

1. I beni comuni espressione del diritto comunitario

La vicenda collegata ai beni comuni è da un punto di vista giuridico davvero peculiare: proposta l'introduzione di questa nozione all'interno del Codice civile da una commissione appositamente creata dal Ministero di Giustizia¹, il suo uso è sopravvissuto al fallimento del tentativo di riforma legislativa. È così accaduto che la nozione dei beni comuni sia rimasta viva soprattutto per merito del dibattito dottrinale² e per alcune pronunce giurisprudenziali che hanno permesso al concetto di essere utilizzato per risolvere controversie giudiziarie³. Nel frattempo è vero che sono intervenuti prima i regolamenti comunali per la gestione e la cura dei beni comuni urbani, che dal 2014 si sono diffusi in molte realtà locali d'Italia⁴, e poi alcuni legislatori regionali

¹ Il riferimento è naturalmente alla cosiddetta Commissione Rodotà istituita nel 2007, che elaborò la modifica del Codice civile proponendo l'introduzione dei beni comuni, la cui relazione di accompagnamento è ancora visibile in www.giustizia.it. Per una trattazione diffusa del tema si veda M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni ai tempi per uscire dalla crisi*, Trento, 2016, *passim*.

² Per un'approfondita analisi si rinvia a G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Ets 2017, *passim*.

³ Oltre le famose sentenze della Corte di cassazione sulle valli di pesca (Corte di cassazione, sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665 e 16 febbraio 2011, n. 3811, esiste un ventaglio molto ampio di sentenze, che riguardano un po' tutte le autorità giudiziarie, in cui, in modo talvolta diretto, talvolta indiretto, il ricorso ai beni comuni è stato utilizzato nelle motivazioni per la soluzione di controversie. Una significativa raccolta di queste pronunce si trova nella sezione diritto del sito www.labsus.org.

⁴ Di questo fenomeno la dottrina si è interessata molto e oramai i commenti e gli scritti abbondano. Un testo aggiornato che dà evidenza degli ultimi sviluppi del tema

che hanno fornito definizioni di beni comuni⁵. Nel complesso, però, la varietà dei contenuti e delle interpretazioni, il carattere territoriale circoscritto dell'applicazione dei testi normativi comunali e regionali e la permanente assenza di una definizione generale condivisa non permettono ancora oggi di ancorare questa nozione a un chiaro e riconosciuto dispositivo generale positivo⁶. La conseguenza è che i beni comuni hanno vissuto nell'ordinamento giuridico italiano in assenza di un dato positivo generalmente identificato.

A offrire una spiegazione di tale apparente paradosso è uno scritto del 2003 di Fabio Merusi⁷. In tale occasione, lo studioso ha proposto un'interpretazione originale del principio di sussidiarietà orizzontale, ritenendo che esso sia idoneo a legittimare fonti del diritto alternative a quelle statali⁸. Ripercorrendo sinteticamente la storia dei domini collettivi, i quali – nello stabilire utilità giuridiche diverse da quelle riconducibili alla proprietà – mostrano tratti simili ai beni comuni, Merusi ravvisa nel principio introdotto al comma 4 dell'art. 118 Cost. una novità che consiste nell'obbligare l'ordinamento a riconoscere come fonti autonome del diritto quella produzione normativa che è legata alle iniziative libere dei cittadini per perseguire fini di interesse generale⁹. In tali casi, secondo lo studioso, non sarebbe possibile per il diritto positivo disconoscere la valenza giuridica di norme di origine sociale, fatta eccezione per l'ipotesi in cui queste ultime confliggano palesemente con gli interessi protetti esplicitamente da norme¹⁰. In sostanza, Merusi riconosce che esiste un diritto di origine sociale, che chiamerei “comunitario”, legittimato a integrare le fonti dell'ordina-

è il Rapporto 2022 di Italiadecide, che ha come titolo *La fiducia cresce nelle pratiche di comunità. Modelli ed esperienze di partecipazione condivisa tra cittadini, amministrazioni e imprese*, Bologna, 2022, *passim*.

⁵ I casi più noti sono le leggi regionali di Friuli Venezia Giulia (l. reg. 14 del 2017), Lazio (l. reg. 10 del 2019), Toscana (l. reg. 71 del 2020), Piemonte (l. reg. 5 del 2024). Un approccio diverso e più sistematico è quello utilizzato dal legislatore emiliano romagnolo, che può senz'altro essere ricompreso tra quelli riguardanti i beni comuni: l. reg. 3 del 2023.

⁶ Di opinione diversa è invece G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., pp. 38-48.

⁷ Il riferimento è allo scritto F. Merusi, *Il diritto “sussidiario” dei domini collettivi*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2003, pp. 77 ss.

⁸ Ha indagato il tema della crisi del diritto statale anche E. Frediani, *La produzione normativa nella sovranità “orizzontale”*, Ets 2010, spec. pp. 197-214.

⁹ Cfr. F. Merusi, *Il diritto “sussidiario” dei domini collettivi*, cit., p. 88.

¹⁰ *Ibidem*, p. 89.

mento generale attraverso il principio di sussidiarietà orizzontale. Con una sintesi efficace nel menzionato saggio si legge che:

Banalizzando possiamo dire che con il principio di sussidiarietà, almeno sotto il profilo delle fonti di produzione, si torna al medioevo: accanto al diritto imperiale, oggi il diritto statale o della comunità europea, si riconosce l'esistenza anche di un diritto "prodotto dalla natura delle cose", che integra, e si aggiunge, al diritto prodotto dalle fonti statali, regionali o comunitarie secondo la distribuzione delle competenze tipica degli ordinamenti positivi¹¹.

Queste riflessioni ci riguardano perché l'accezione dei beni comuni che è prevalsa in questi anni in assenza di un dato positivo generale è stata proprio quella di riferire gli stessi alle regole frutto di processi sociali di mutuo riconoscimento avvenuto tra pubbliche amministrazioni, perlopiù locali, e cittadini, singoli o associati¹². I patti di collaborazione per la presa in cura di beni e spazi urbani, ma anche le formule innovative come quella dei beni comuni urbani a uso civico, i riconoscimenti formali di esperienze sociali per la cura del territorio, le provviste sociali per affrontare interessi generali altrimenti difficilmente tutelabili e, perfino, gli atteggiamenti di mera tolleranza per iniziative sociali non legittimate attraverso percorsi riconosciuti dal diritto positivo hanno tutti rappresentato forme eterogenee di un diritto che riecheggia gli argomenti dello studio poc'anzi ricordato e che in altre circostanze ho definito "diritto informale"¹³. Queste relazioni, sviluppatesi tra amministrazioni e cittadini, hanno consentito di dare vita a regole autoprodotte per la cura e gestione di beni comuni.

Se, dunque, non pare dubbio che i beni comuni si legano molto alla produzione di un diritto alternativo a quello positivo, che in questo

¹¹ *Ibidem*, p. 88.

¹² Si consenta il rinvio a F. Gigliani, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. e soc.*, 2016, pp. 305 ss.

¹³ Su questo e su queste classificazioni mi sono soffermato in altri scritti a cui rinvio. Cito il più completo di tutti con riferimento a queste diverse esperienze: F. Gigliani, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Ist. fed.*, 2018, pp. 29 ss. Si veda con specifico riferimento ai beni confiscati anche F. Gigliani, *La collaborazione per la legalità: il caso di beni confiscati alla criminalità organizzata*, in *Etica pub.*, 2021, pp. 51 ss. Si veda anche il lavoro di V. Brigante, *Garanzia della forma e pubblica amministrazione*, Napoli, 2022, spec. p. 293, in cui si sofferma sul valore dell'informale.

saggio definirei comunitario per essere più fedele alla costruzione di Merusi, ritengo sia opportuno ora fare una valutazione in merito a che punto sia questo rapporto tra diritto positivo e diritto comunitario dei beni comuni. Posto che questo diritto comunitario integrativo è esistito e si è affermato in questi anni, occorre chiedersi se questa convivenza sia un mero dato di fatto o se la relazione abbia raggiunto livelli di maturazione più significativi, tanto da poter rintracciare veri e propri rinvii tra questi ordini giuridici diversi ma complementari all'interno dell'ordinamento costituzionale unitario.

Si tratta di una domanda che presuppone la possibilità che la compresenza di ordini giuridici diversi non solamente sia attestata, ma possa essere considerata perfino normale e dovuta. Nonostante il principio di sussidiarietà orizzontale renda scontata questa risposta, si fa fatica ad accettare tale esito quando si ha a che fare con un ordinamento giuridico dove il presidio istituzionale è molto sviluppato. In contesti giuridici diversi, con un livello istituzionale meno accentuato, come si può vedere in molti paesi in via di sviluppo, la convivenza tra diritto positivo e diritto comunitario è profonda e ordinaria; in Italia, così come nei paesi omologhi di tipo occidentale, la consapevolezza è più debole, fatta eccezione per i paesi di *common law*, proprio perché, come ricorda la citazione dianzi riportata, si tratta, in fondo, di dover accettare una sorta di ritorno al medioevo e a una pluralità di fonti che gli ordinamenti statuali avevano combattuto per la loro affermazione iniziale. Eppure, segnali di cambiamento appaiono evidenti, come si tenterà di dimostrare nei prossimi paragrafi.

2. L'art. 6 del codice dei contratti pubblici

Una prima prova della maturazione del rapporto tra diritto positivo e diritto comunitario è l'art. 6 del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 36 del 2023. La norma prevede che in nome dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale la pubblica amministrazione può dar vita a modelli organizzativi di amministrazione condivisa con gli enti del Terzo settore per svolgere attività di spiccata valenza sociale, purché tali rapporti siano di natura non sinallagmatica. La disposizione intende dire che questi tipi di relazioni sono sottratti all'applicazione del codice dei contratti pubblici.

Come è noto, questa disposizione risente chiaramente della sentenza n. 131 del 2020 della Corte costituzionale¹⁴ e, d'altronde, non ne fa mistero il documento di accompagnamento della commissione di studio che ha elaborato il testo normativo, poi approvato successivamente come codice dei contratti pubblici¹⁵. Ai nostri fini la disposizione rileva per la sua portata ampia e generale: sarebbe, infatti, erroneo ritenere che la conseguenza di questa norma sia solo quella di tenere separato il dispositivo codicistico dei contratti pubblici da quello del Terzo settore. Dopo la menzionata sentenza della Corte costituzionale, infatti, il legislatore è intervenuto per fare chiarezza sul rapporto tra codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore, stabilendo che entrambi, pur riguardando il rapporto tra pubbliche amministrazioni e privati, fanno riferimento a tipologie di relazioni giuridiche profondamente diverse. Così, mentre il codice dei contratti pubblici disciplina le relazioni a carattere patrimoniale, quello del Terzo settore riguarda i rapporti non sinallagmatici, da cui discende che i campi di applicazione sono alternativi e la coprogettazione, le convenzioni e gli accreditamenti, disciplinati dal Titolo VII del Codice del Terzo settore, sono immuni dalle regole dei contratti pubblici. Il punto è che gli effetti dell'art. 6 del codice dei contratti pubblici non si esauriscono in questa conclusione.

A sostegno di questa tesi possono essere presentati diversi argomenti. In primo luogo, se l'art. 6 avesse voluto semplicemente ribadire l'alternatività tra codice dei contratti pubblici e Codice del Terzo settore, sarebbe bastato riportare solo la seconda proposizione dell'articolo, dove questo è detto a chiare lettere. È evidente, pertanto, che la prima proposizione ha voluto esprimere un contenuto più generale, che andasse oltre il mero coordinamento tra i due codici. D'altra parte, se si fosse esaurito solo in quello il contenuto dell'art. 6, risulterebbe difficile spiegare perché una norma del genere sia presente nella parte del codice dedicata ai principi. Il coordinamento tra i due codici non sarebbe l'esito dell'applicazione di un principio, ma il contenuto

¹⁴ Si vedano per l'analisi compiuta di tutta la vicenda D. Caldirola, *Il Terzo settore nello stato sociale in trasformazione*, Editoriale scientifica 2021, pp. 180-216; E. Frediani, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Giappichelli 2021, pp. 233-239.

¹⁵ La Commissione costituita per redigere il nuovo codice dei contratti pubblici ha richiamato esplicitamente la sentenza 131/2020 nella *Relazione agli articoli e agli allegati* del 7 dicembre 2022, per spiegare il contenuto dell'art. 6.

di un dispositivo normativo come tanti altri. Sembra più convincente invece sostenere che l'art. 6, prima proposizione, sia espressione di un vero e proprio principio generale, la cui valenza è esemplificata in una ricaduta concreta espressa dalla seconda proposizione, senza che questa, tuttavia, assorba totalmente il contenuto della norma.

La prima proposizione, dunque, intende esprimere un vero e proprio principio, secondo cui i modelli di amministrazione condivisa sono esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici. Risulta interessante a questo proposito mettere in evidenza che la disposizione fa esplicito riferimento alla possibilità che le pubbliche amministrazioni apprestino liberamente «modelli organizzativi di amministrazione condivisa». Considerare l'amministrazione condivisa come un modello organizzativo significa attribuire alle relazioni sottostanti un valore identitario di uno specifico modo di agire delle pubbliche amministrazioni, che ha una valenza – appunto – generale¹⁶. Come è stato autorevolmente detto, l'amministrazione condivisa delinea un modo di agire delle pubbliche amministrazioni ulteriore, che si aggiunge a quelli tradizionali, ed esprime per questo un istituto a carattere generale a cui l'art. 6 rinvia¹⁷.

Se questo è vero, ritengo che possa essere dimostrata la maturazione di quel rapporto tra diritto positivo e diritto comunitario da cui muove questo scritto. L'amministrazione condivisa, infatti, è quel modello di amministrazione in cui l'apporto dei cittadini alla risoluzione di problemi di interesse generale è valorizzato proprio secondo il principio di sussidiarietà orizzontale¹⁸. Le soluzioni progettate dai cittadini sono discusse, confrontate e valutate insieme alle pubbliche amministrazioni per poi trovare forma concreta con patti di collaborazione o accordi variamente denominati¹⁹. La creatività delle soluzioni elaborate

¹⁶ In termini contrari sembra si esprima B. Giliberti, *Art. 6 - Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Wolters Kluwer 2023, p. 51.

¹⁷ Per un esame dei vari modelli di amministrazione si veda V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione condivisa nel sistema del diritto amministrativo*, in G. Arena, M. Benvenuti (a cura di), *L'amministrazione condivisa*, cit., pp. 21 ss.

¹⁸ Secondo la definizione originaria di chi ha introdotto in Italia questo concetto; cfr. G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118, 1997, pp. 29 ss.

¹⁹ Sui patti di collaborazione oramai i riferimenti dottrinali sono davvero sterminati. Per uno studio recente tra i più interessanti anche per la formulazione di argomentazioni originali si veda G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, in *Dir. amm.*, 2023, pp. 441 ss.

da questi strumenti costituiscono delle vere e proprie fonti di produzione normativa di origine sociale²⁰, che l'ordinamento riconosce molto spesso sulla base di appositi regolamenti o applicando direttamente la costituzione.

Ne deriva che l'individuazione del modello di amministrazione condivisa quale sistema di regole sottratto all'applicazione del codice dei contratti pubblici produce proprio quel rinvio dal diritto positivo al diritto comunitario che trova così una piena legittimazione.

L'esito non può essere considerato contraddetto dalla circostanza secondo cui l'art. 6 fa rinvio ai soli rapporti di amministrazione condivisa che si sviluppano con gli enti del Terzo settore²¹. In effetti, la lettera dell'art. 6 parrebbe in questo senso insuperabile, dal momento che riferisce l'amministrazione condivisa alle sole relazioni espresse con gli enti del Terzo settore. Se così fosse, sarebbe da domandarsi in che relazione sia la prima proposizione dell'art. 6 con la seconda. Ebbene, la risposta risiede proprio nel fatto che la prima proposizione va oltre l'ipotesi di applicazione del Codice del Terzo settore e prende in considerazione tutti quei rapporti, anche estranei al codice, in cui gli enti del Terzo settore progettano con le pubbliche amministrazioni risposte a problemi comuni²². Un esempio potrebbe essere rappresentato dall'art. 18, d.lgs. 201 del 2022, che iscrive in un regime particolare di disciplina i rapporti di partenariato attraverso cui enti locali ed enti del Terzo settore decidono di gestire specifici interventi nell'ambito dei servizi pubblici locali. Ciò rinvia a rapporti negoziali autonomi per la cura di alcuni segmenti dei servizi pubblici locali, dove si presentano condizioni che permettono di rintracciare rapporti di non sinallagmaticità²³.

²⁰ Si veda ancora in questi termini G. Arena, *I custodi della bellezza*, Roma, 2020, pp. 145-149.

²¹ Cfr. M. Clarich, B. Boschetti, *Ai confini del Terzo settore (e del suo diritto)*, in A. Fici, L. Gallo, F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore*, Editoriale scientifica 2020, pp. 121 ss.

²² Di opinione diversa è invece M.R. Spasiano, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 58, che considera il principio teso a regolare i rapporti con il mondo del volontariato nei "settori speciali".

²³ Cfr. M. Croce, *Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore*, in R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2023, pp. 317 ss.

Si potrebbe, però, andare anche oltre e dire che più in generale a essere sottratti dal codice dei contratti pubblici sono le esperienze di amministrazione condivisa maturate con cittadini, gruppi e associazioni anche non facenti parte del Terzo settore. Se a essere estranei al codice dei contratti pubblici sono, infatti, i rapporti di natura non sinallagmatica, ha poco rilievo se gli interlocutori delle pubbliche amministrazioni sono gli enti del Terzo settore o altri soggetti. Il legislatore ha citato gli enti del Terzo settore perché è a questi che si è riferita la Corte costituzionale, ma la decisione del giudice delle leggi era condizionata dal caso specifico portato in giudizio. Nel momento in cui l'elemento discriminante è dato dal rapporto di natura non sinallagmatica, l'applicazione della norma può essere ritenuta anche più estesa. D'altronde, se la norma non fosse interpretata così, si esporrebbe a un giudizio di illegittimità costituzionale.

3. L'art. 10 del decreto legislativo 201 del 2022

Un'altra norma di interesse che segna un nuovo rapporto tra diritto positivo e diritto comunitario è l'art. 10, d.lgs. 201 del 2022, che ha ridefinito la nuova disciplina dei servizi pubblici locali. Diversamente dal passato in cui il regime speciale di servizio pubblico locale era fatto discendere dalla legge o dall'assunzione diretta dell'ente locale con delibera appositata²⁴, il nuovo art. 10 stabilisce un ordine diverso. Mentre il comma 3 ribadisce la possibilità che gli enti locali possono istituire servizi di interesse economico generale diversi da quelli previsti già per legge, il comma 2 prevede che «gli enti locali favoriscono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autonoma inizia-

²⁴ Sul valore tradizionale di questo assetto M. Dugato, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. dir. - I tematici*, Milano, 2022, III, p. 1089; G. Caia, *Servizi pubblici locali*, in *Enc. giur.*, 2017, pp. 1 ss.; G. Piperata, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, pp. 33 ss.; S. Torricelli, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Munus*, 2011, pp. 69 ss.; F. Merloni, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, pp. 623 ss.; L. Benvenuti, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Il diritto della Regione*, 2002, pp. 331 ss.; G. Rossi, *I servizi pubblici locali tra vincoli e autonomie*, in *Quad. plur.*, 1988, pp. 4 ss.

tiva dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni». Ma, soprattutto, l'organizzazione alternativa dei servizi pubblici locali precede quella istituzionale²⁵. È, infatti, precisato al comma 4 che l'istituzione dei servizi di interesse economico generale di livello locale da parte degli enti locali è subordinata alla verifica che la prestazione di servizi da parte dei cittadini, singoli o associati, e delle imprese sia «inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali».

Ne discende, dunque, che a soddisfare i bisogni generali della comunità locale sono innanzitutto le forze sociali, cittadini o imprese, e solo dopo che questo si dimostrino inadeguati e che gli interessi sottesi siano di natura pubblica, le amministrazioni locali possono istituire appositi servizi di interesse economico generale. C'è un prima, che consiste nella verifica della capacità di autorganizzarsi delle forze sociali per soddisfare bisogni di interesse generale, e un dopo, l'attivazione delle istituzioni locali²⁶. Se l'autorganizzazione sociale riesce a soddisfare questi interessi, l'amministrazione locale è inibita dall'agire.

Questo rinvio alla capacità autonoma dei cittadini di autorganizzarsi per gestire servizi che interessano la comunità si configura chiaramente anche come un rinvio alle regole che presidiano l'organizzazione di una gestione autonoma. Che l'autorganizzazione riconosciuta non si esaurisca nel mero esercizio di un'autonomia privata è dimostrato dall'art. 11, d.lgs. 201 del 2022, il quale specifica che, proprio in applicazione del comma 4 dell'art. 10, l'ente locale promuove iniziative per garantire un adeguato soddisfacimento per gli utenti. In altre parole, l'autonoma capacità di garantire un servizio pubblico da parte della comunità è incoraggiata attivamente con forme di sostegno degli utenti nell'accesso di questi servizi. I pubblici poteri, in sostanza, non si limitano a riconoscere una realtà sociale di autorganizzazione, ma la

²⁵ Se ne occupa in questo volume anche Benedetta Celati, a cui si rinvia per ulteriori indicazioni di merito.

²⁶ Coglie molto bene il senso di questa novità A. Moliterni, *Le nuove regole dei servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amn.*, 2023, p. 483 e pp. 488-489 e Id., *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., pp. 166 ss. Si vedano anche S. Torricelli, *La istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali*, in *Riv. reg. merc.*, 2023, pp. 322-323; G. Torelli, *Regole a tutela dell'utenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2023, 2, pp. 284-291; M. Delsignore, *L'ambito di applicazione: i servizi pubblici di rilevanza economica*, in R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023, pp. 1 ss.

promuovono attivamente. È questo, in fondo, il significato che la stessa Corte costituzionale ha attribuito al principio di sussidiarietà orizzontale²⁷: con questo i pubblici poteri sostengono attivamente le forme di autorganizzazione sociale.

È interessante anche osservare che la verifica di autonoma capacità di autorganizzazione sociale è messa sullo stesso piano della capacità del mercato di soddisfare il bisogno di interesse generale: autorganizzazione sociale di origine civica e mercato, dunque, stabiliscono un ordine paritario, che precede quello più propriamente istituzionale²⁸.

4. La duplice natura del comune

Un altro indizio di questo confronto fra diritto positivo e diritto comunitario lo si ritrova direttamente nel testo unico degli enti locali con riferimento ai poteri di ordinanza contingibile e urgente riconosciuti ai sindaci. Si confrontano, infatti, due particolari poteri di ordinanza, uno disciplinato dall'art. 50, comma 5, TUEL, e l'altro che fa capo all'art. 54, commi 4 e 4 bis: nel primo è stabilito che il sindaco agisce come rappresentante della comunità, nel secondo, invece, come rappresentante del governo²⁹. Questa duplicità delle fonti di legittimazione riflette la natura originaria o associativa dei comuni e quella derivata, come ebbe a sottolineare più di un secolo fa Santi Romano³⁰.

Nel primo caso, pertanto, il potere di ordinanza si presenta come uno strumento che arbitra specifici interessi della comunità che possono presentarsi tra loro contrapposti. In effetti, si prevede che le ordi-

²⁷ Molto esplicitamente lo ha detto la Corte costituzionale nella sentenza 52 del 2021, in cui ha ricordato che l'applicazione del principio non può ridursi al non ostacolare un'iniziativa privata, ma più concretamente nel sostenerla attivamente.

²⁸ Il tema si lega anche al rapporto tra sussidiarietà e concorrenza su cui si sono soffermati tra gli altri F. Trimarchi Banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 3 ss.; G.C. Salerno, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010, *passim*; D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004, p. 92.

²⁹ Sul tema anche E.C. Raffiotta, *Il problematico ruolo del Sindaco "garante" della sicurezza urbana: tra istanze locali e competenze statali*, in N. Gallo, T.F. Giupponi (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Milano, 2014, pp. 62 ss.

³⁰ Così esattamente S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, II ed., 1945, pp. 115-116.

nanze siano volte a superare «situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente o del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche». In qualche modo il potere è collegato alla garanzia di assicurare la vivibilità delle città e a garantire una buona qualità della vita, cercando di conciliare esigenze molto diverse, che spesso sono collegate al modo differente in cui le generazioni vivono o desiderano vivere gli spazi urbani.

È interessante notare che questo stesso potere è configurato in termini di ordinanza non contingibile e non urgente nel comma 7 bis dell'art. 50 quando risultano esserci particolari eventi da gestire con riferimento a specifiche aree delle città. Peraltro, lo stesso potere di ordinanza contingibile e urgente può mutare natura se il comune adotta un regolamento di disciplina, dal momento che in quel caso l'ordinanza deve conformarsi al quadro disciplinare regolamentare³¹.

È utile osservare che questo potere esercitato nell'ambito della sicurezza urbana si è generato spontaneamente a seguito di una serie di iniziative adottate a livello locale dai sindaci nel finire dello scorso secolo, per poi trovare un riconoscimento giuridico prima in alcune leggi regionali e poi nella l. 48 del 2017³². Accanto al potere di ordinanza, poi, si riconoscono tutti quegli accordi stipulati da comuni e associazioni per la cura del territorio o per l'esercizio della sorveglianza passiva, che ha dato luogo a quella che viene chiamata la sicurezza partecipata³³. In altre parole, il legislatore ha riconosciuto uno spazio

³¹ L'art. 50, comma 7 ter, infatti, recita che nelle materie che qui interessano «i comuni possono adottare regolamenti ai sensi del presente testo unico», stabilendo, dunque, che il consiglio comunale può conformare i poteri di ordinanza del sindaco.

³² Ha evidenziato questo aspetto, ad esempio, G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010. Cfr. anche A. Pajno, *La "sicurezza urbana" tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in A. Pajno (a cura di), *La sicurezza urbana*, Sant'arcangelo di Romagna, 2010, p. 19.

³³ Cfr. anche i capitoli VII e VIII di V. Antonelli, *La sicurezza delle città tra diritti e amministrazione*, Bologna, 2018; R. Ursi, *La sicurezza pubblica*, Bologna, 2022, pp. 204-214; A. Simonati, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza?*, in *Riv. giuro. ed.*, 2019, pp. 131 ss. La stessa Corte costituzionale nella sentenza 177 del 2020 ha espressamente escluso che gli accordi di collaborazione di natura territoriale con organizzazioni di volontariato e altre associazioni operanti nel contrasto alla criminalità organizzata possano configurarsi come illegittimi.

di legittimazione comunitaria o anche un intervento di natura comunitaria per la vigilanza e la cura degli spazi pubblici urbani, trasferendo alcuni poteri al sindaco³⁴.

Differente è invece il potere di ordinanza riconducibile all'art. 54 perché, anche se in modo improprio viene ricondotto sempre a espressione della sicurezza urbana, esso è esercitato per prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano la sicurezza pubblica e, in modo particolare, «fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento di prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti». La prevenzione e il contrasto di alcuni comportamenti che integrano i suddetti reati riproducono i contenuti tipici della funzione di ordine pubblico. Si tratta, dunque, di un contesto completamente diverso, dove il sindaco agisce come autorità che è parte delle autorità di pubblica sicurezza. In altri termini, mostra l'altro lato dell'autorità locale, quella di derivazione statale, chiamata peraltro a far rispettare il diritto statale per eccellenza, ovvero il codice penale.

5. Conclusioni

A distanza di più di vent'anni dal saggio di Merusi si può ricavare la convinzione che l'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale quale fonte di un diritto alternativo a quello statale ha trovato conferme. Ciò è avvenuto in modo particolare con riferimento ai beni comuni, ma non solamente in questo caso. C'è una progressiva disponibilità del diritto positivo a realizzare aperture verso quello che in questo articolo è stato chiamato diritto comunitario. Per esso si devono intendere quelle regole che trovano fonte di origine nell'esercizio dell'autonomia sociale ma che rivestono anche un rilievo per il diritto pubblico, perché sono preordinate a soddisfare interessi generali.

³⁴ Su questo punto in particolare si vedano G. Pavani, S. Profeti, C. Tubertini, *Le città collaborative ed eco-sostenibili*, Bologna, 2023, p. 93; G. Pighi, *La nuova disciplina della sicurezza urbana integrata: tra prevenzione dei reati e coesione sociale*, in G.G. Nobili, T.F. Giupponi, E. Ricifari, N. Gallo (a cura di), *La sicurezza delle città. La sicurezza urbana e integrata*, Milano, 2019, pp. 89-91.

La proiezione di queste regole a soddisfare interessi generali produce un obbligo a carico dei pubblici poteri che consiste – come recita il principio di sussidiarietà orizzontale – nel sostenere attivamente le autorganizzazioni sociali³⁵. Si tratta di un diritto, che come sottolineava Merusi, si aggiunge e integra quello positivo. Il diritto comunitario appare così capace di valorizzare la responsabilità sociale, di dare risposte non standardizzate³⁶ e più idonee ai bisogni da soddisfare e ridefinisce un complessivo equilibrio istituzionale in cui i cittadini sono parte inclusa e attiva delle soluzioni per gli interessi generali. Non è un caso se in questi processi si leggono spesso anche prassi democratiche di rinnovamento.

Naturalmente la circostanza che il diritto comunitario trovi uno spazio di legittimazione concreta dal diritto positivo stabilisce anche un ordine di priorità. Pertanto, lo spazio del diritto comunitario è comunque delineato dalle norme positive e sul suo uso vigilano le amministrazioni pubbliche. Se l'esercizio del diritto comunitario eccede lo spazio concesso, gli effetti di legittimazione sono inevitabilmente inibiti e l'azione non può che essere considerata come illecita per contrasto esplicito delle norme positive. Sull'equilibrio di questa relazione svolge un ruolo essenziale l'autorità giudiziaria, cui spetta il difficile compito di riconoscere gli ambiti del diritto comunitario nei limiti concessi.

³⁵ Questo approccio ha consentito anche di elaborare una nuova e originale categoria di potere, il potere collaborativo; cfr. G. Marletta, *La legge sul procedimento amministrativo e i patti di collaborazione*, cit., pp. 466-467.

³⁶ Ragionando sul principio di sussidiarietà orizzontale aveva già raggiunto le stesse conclusioni D. Donati, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, 2013, pp. 330-332. In merito alle soluzioni originali e flessibili che l'amministrazione condivisa potrebbe dare rispetto a domande di servizi sociali si veda il contributo di A. Pioggia presente in questo volume.