



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

**IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
TRA ORDINE SISTEMATICO
E REALTÀ ECONOMICO-SOCIALE
SCRITTI IN RICORDO DI GIUSEPPE PERICU**

a cura di

**EUGENIO BRUTI LIBERATI, MAURIZIO CAFAGNO,
LUIGI PISCITELLI, MARGHERITA RAMAJOLI, MARCO SICA**



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto pubblico

114

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
TRA ORDINE SISTEMATICO
E REALTÀ ECONOMICO-SOCIALE
SCRITTI IN RICORDO DI GIUSEPPE PERICU

a cura di

EUGENIO BRUTI LIBERATI, MAURIZIO CAFAGNO,
LUIGI PISCITELLI, MARGHERITA RAMAJOLI, MARCO SICA



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0593-3

ISBN/EAN 979-12-211-5592-1 (ebook - pdf)

Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Milano.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

PRESENTAZIONE

GIUSEPPE PERICU, UN VERO MAESTRO

XI

Margherita Ramajoli

RICORDI

INTRODUZIONE

XIX

Daria de Pretis

FU VERA AMICIZIA

XXIII

Fabio Alberto Roversi Monaco

RICORDANDO GIUSEPPE PERICU.
UN ULTIMO CONVEGNO IN COPPIA ...

XXVII

Fabio Merusi

RELAZIONI

ACCORDI PUBBLICISTICI, DOGMATICA GIURIDICA E GIURISPRUDENZA DEGLI INTERESSI: LA RIFLESSIONE DI GIUSEPPE PERICU	3
--	---

Eugenio Bruti Liberati

1. Premessa. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sugli accordi inerenti all'esercizio di poteri amministrativi e il contributo di Giuseppe Pericu	3
2. La svolta dottrinale della fine degli anni Settanta del Novecento e la legge n. 241/1990	6
3. La riflessione sugli accordi di Giuseppe Pericu	9
4. La giurisprudenza oggi prevalente e il rilievo che nella disciplina degli accordi assumono i principi pubblicistici sulla funzione am- ministrativa	12

IL PENSIERO DI GIUSEPPE PERICU SULL'AMBIENTE	17
--	----

Maurizio Cafagno

I. Introduzione	17
II. Sulla nozione di ambiente	21
1. La voce del Digesto	21
2. L'ambiente come sistema	24
III. Il gioco degli interessi	28
1. I riflessi della complessità nello specchio degli interessi: "Energia e ambiente. Emersione e composizione dei vari interessi concor- renti"	28
2. I suggerimenti	30
3. L'esperienza di Genova	40

pag.

L'AMMINISTRARE PUBBLICO PER FINANZIAMENTI NELL'OPERA DI GIUSEPPE PERICU: SU ALCUNE QUESTIONI DI TEORIA GENERALE IN UNA DISAMINA DI SETTORE	49
---	----

Roberto Cavallo Perin

1. La sovvenzione come provvedimento amministrativo	49
2. Le sovvenzioni come provvedimenti amministrativi	51
3. Le sovvenzioni amministrative e gli atti di liberalità di diritto privato	55
4. Differenze tra sovvenzioni, concessioni, accertamenti, abilitazioni	59
5. Il controlimito delle norme sui diritti costituzionali aventi ad oggetto le sovvenzioni	61

PRINCIPIO DI EGUALIANZA E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	63
---	----

Marcello Clarich

1. Premessa	63
2. Principio di eguaglianza e azione amministrativa	66
3. Il momento partecipativo	67

LE AUTONOMIE TERRITORIALI	69
---------------------------	----

Erminio Ferrari

1. Alla ricerca delle autonomie territoriali	70
2. Sindaco e conferenza strategica	73
3. Giurista ed amministratore	76

L'ATTIVITÀ DI DIRITTO PRIVATO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. (NEL PENSIERO DI GIUSEPPE PERICU)	79
--	----

Guido Greco

1. Capacità giuridica di diritto privato e pubblica amministrazione	79
---	----

	<i>pag.</i>
2. L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato	81
3. I contratti ad evidenza pubblica	84
 GIUSEPPE PERICU E L'URBANISTICA	 87
<i>Giuseppe Morbidelli</i>	
1. Premessa	87
2. I criteri informativi	88
3. I principali temi affrontati: a) Le carenze e le incongruenze della disciplina urbanistica	89
4. (<i>Segue</i>): b) I rapporti Stato-Regioni	93
5. (<i>Segue</i>): c) La partecipazione alla formazione delle decisioni urbanistiche	95
6. Conclusioni in punto di metodo	97
 L'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA NELL'OPERA DI BEPPE PERICU	 101
<i>Giulio Napolitano</i>	
1. Premessa	101
2. La programmazione economica e le sovvenzioni amministrative	101
3. Le trasformazioni dei servizi pubblici e la nascita dello Stato regolatore	103
4. Conclusioni	107
 PROCEDIMENTO E PROCESSO	 109
<i>Aldo Travi</i>	
1. Premessa	109
2. I procedimenti per le autorizzazioni farmaceutiche e il confronto fra cittadini e amministrazione sul piano tecnico	112

INDICE

IX

pag.

- | | |
|---|-----|
| 3. I procedimenti di massa e i diversi volti della partecipazione | 115 |
| 4. La dimensione processuale | 118 |

LA GESTIONE DEI PUBBLICI SERVIZI LOCALI	123
---	-----

Francesca Trimarchi Banfi

CONCLUSIONI

GIUSEPPE PERICU (TRA PRINCIPI SECOLARI E L'ORDINAMENTO CHE CAMBIA)	131
---	-----

Giuliano Amato

PRESENTAZIONE

GIUSEPPE PERICU, UN VERO MAESTRO

Margherita Ramajoli

I saggi raccolti in questo volume costituiscono la rielaborazione delle relazioni svolte al Convegno in ricordo del Prof. Giuseppe Pericu, tenutosi il 16 febbraio 2023, presso la Sala Napoleonica dell'Università degli Studi di Milano Statale.

Proprio all'Università Statale di Milano e in particolare alla Facoltà di Giurisprudenza Giuseppe Pericu viene chiamato come professore ordinario di diritto amministrativo nel 1984, dopo avere ricoperto analogo incarico nell'Ateneo genovese, nel quale si era laureato con il Prof. Roberto Lucifredi. All'epoca all'Università Statale l'insegnamento di diritto amministrativo ha già un Maestro illustre nel Prof. Umberto Pototschnig, con cui Pericu stringe un sodalizio fatto di stima, collaborazione, amicizia e sintonia, testimoniato dalla condivisione del corso di Diritto regionale e dall'alternanza nel corso di Diritto amministrativo I e Diritto amministrativo II.

Il magistero di Giuseppe Pericu si caratterizza per il suo metodo e per i suoi filoni di ricerca, che sono tra loro strettamente connessi. Per Pericu, da un lato, la comprensione del fenomeno giuridico reclama la previa individuazione degli interessi e dei conflitti sottostanti; dall'altro lato, l'indagine scientifica necessita di essere indirizzata verso le modalità con cui il diritto è concretamente applicato, nella consapevolezza che la scienza giuridica ha una dimensione teorica, ma al tempo stesso pratica. Dimensione pratica che emerge grazie anche al suo riguardo nei confronti dell'evoluzione storica e soprattutto della documentazione, in modo che le sue opere sono calate nella realtà scrutinata di prima mano, evenienza rara perlomeno nella scienza giuridica.

All'interno di questa cornice metodologia, assai moderna per i tempi, i suoi interessi scientifici sono molteplici e spaziano dall'intervento pubblico nell'economia alla disciplina del territorio, dalla tutela dell'ambiente al sistema delle autonomie territoriali, dal procedimento amministrativo ai contratti pubblici, dalla gestione dei servizi pubblici locali al diritto agroalimentare. I suoi allievi hanno poi raccolto buona parte delle sue pubblicazioni negli *Scritti scelti* (Giuffrè, Milano, 2009), che sono stati presentati, a mo' di festeggiamento, sempre nella Sala Napoleonica dell'Università Statale di Milano.

Nonostante siano passati più di cinquanta anni dalla loro pubblicazione, i due tomi dedicati alle sovvenzioni amministrative (*Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, parte prima, 1967, parte seconda, 1971, Giuffrè, Milano), che trovano un lavoro preparatorio nel lungo e denso saggio *Note in tema di attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, pubblicato nel 1965 negli Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova (Giuffrè, Milano), rappresentano ancora oggi un imprescindibile punto di riferimento per gli studi in materia. In essi la sovvenzione amministrativa è individuata come categoria a sé stante di provvedimento amministrativo, da distinguere sia dagli atti di accertamento, sia dalle concessioni di beni o servizi, sia dalle ammissioni. L'importante risultato della ricerca è ottenuto grazie a un procedimento stringente per tappe, inteso a valorizzare, senza alcun dogmatismo, gli effetti giuridici che scaturiscono da quest'atto della pubblica amministrazione, e cioè l'attribuzione gratuita, senza obbligo di restituzione, di una somma di denaro o di altro bene economicamente valutabile.

Ulteriore aspetto rilevante nella sua riflessione scientifica, ben ravvisabile nelle due monografie, è la valorizzazione della "conseguenza giurisdizionale" di un dato inquadramento teorico: nel caso delle sovvenzioni, la loro qualificazione come atto amministrativo comporta il sindacato da parte del giudice amministrativo, con una maggiore tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione stante la possibilità di censurare l'invalidità della sovvenzione sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Pericu è antesignano anche nell'individuazione di nuovi campi di indagine scientifica. È un vero e precursore negli studi in materia di diritto ambientale, che trovano una completa e raffinata trattazione nella voce

Ambiente (Tutela dell') nel diritto amministrativo, pubblicata nel Digesto (Utet, Torino, 1987), mentre i suoi ultimi interventi sono dedicati, con preoccupazione, allo strapotere del mondo digitale, all'assorbente ruolo della finanza rispetto all'economia reale, alla forte concentrazione di capitale in un numero limitato di soggetti a livello mondiale e all'accentuarsi delle disuguaglianze.

Coltiva con passione sia il diritto pubblico dell'economia sia il dialogo tra diritto ed economia. Nel fare ciò non si accontenta mai del *mainstream* diffuso: sottopone a critica serrata il modello delle autorità amministrative indipendenti già negli anni Novanta del secolo scorso, quando è tutto un coro dottrinale di adesione entusiasta a questa particolare figura di pubblica amministrazione, oppure evidenzia le problematichità delle privatizzazioni c.d. all'italiana, in un contesto in cui il paradigma scientifico dominante è invece all'insegna del liberismo e del liberalismo. Queste posizioni non sono alimentate da pregiudizi di tipo ideologico, come mostra il fatto che, pur esaltando al massimo grado il ruolo dello Stato, non è contrario *a priori* allo sviluppo di ambiti dominati dal diritto privato e dalle sue regole. Dunque, qualsiasi questione giuridica viene approcciata con equilibrio e flessibilità (per inciso, vale la pena di menzionare un'ulteriore spia del sottolineato equilibrio, palesata dall'aver fornito la sua brillante assistenza forense indifferentemente a soggetti privati e alle pubbliche amministrazioni).

Costante e sensibile è l'attenzione rivolta alle tematiche non solo economiche, ma anche sociali. Tant'è che Pericu nei suoi studi consegna un'immagine di pubblica amministrazione intrisa di doverosità e responsabilità, in cui la funzionalizzazione è l'elemento istituzionale costitutivo dell'esercizio dei pubblici poteri, sempre a vantaggio della collettività.

Altrettanto prezioso è il lascito didattico di Giuseppe Pericu, che culmina nelle quattro edizioni di *Diritto Amministrativo* (IV ed., Monduzzi, Bologna, 2005), manuale a più mani, in cui scrive la parte dedicata all'attività consensuale della pubblica amministrazione. Le sue lezioni stimolano l'uditorio con intuizioni fulminee, apertura allo studio di temi nuovi, intersecarsi di discipline, attenzione alla realtà. Da vero Maestro, Pericu educa al pensiero critico e alla complessità, spronando sia a cogliere il quadro d'insieme e i valori fondamentali in gioco dietro il particolare da analizzare, sia a tentare la difficile strada di una sintesi tra l'anelito siste-

matico e l'aderenza alla realtà. Proprio in quanto fornito di un indubbio carisma non esibito, considera democraticamente studenti e studiosi su un piano di parità intellettuale, è aperto ad accogliere tesi contrapposte a quelle da lui sostenute, a condizione che siano ben argomentate, e fa propria, come imprescindibile regola logica, la metodica del dubbio. La sua disponibilità all'ascolto e al confronto è proverbiale, come lo sono i tanti preziosi consigli dispensati a chiunque e in qualunque occasione.

Personalità schiva e sobria, in ragione delle sue radici in parte sarde e in parte liguri, Pericu sorprende con la sua ironia e autoironia; chi scrive ricorda ancora la piacevole sensazione di spiazzamento provocato da una citazione tratta da un programma televisivo di Renzo Arbore durante il primo colloquio per la tesi di laurea, avvenuto agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso, epoca in cui l'ambiente universitario era ben più paludato dell'attuale.

Pericu avverte come impegno civico la necessità di restituzione dei suoi talenti e delle sue competenze scientifiche alla collettività e così nella seconda parte della sua vita assume le vesti di *civil servant* in ambito politico. Viene prima eletto Deputato nel 1994 e poi Sindaco di Genova nel 1997, per essere riconfermato dopo il primo mandato nel 2002. In Parlamento riversa il suo pragmatismo partecipando a numerose Commissioni, come la Commissione Speciale Napolitano per la riforma del settore Radio Televisivo e la Commissione Affari Costituzionali, mentre già da semplice studioso aveva fatto parte di Commissioni di studio per l'elaborazione di disegni di legge (una tra tutte la c.d. Commissione Nigro, intesa alla elaborazione di una legge generale sul procedimento amministrativo, che ha condotto alla fondamentale legge n. 241/1990, e nella quale si era speso – con lungimiranza, ma con risultati tradotti in diritto positivo solo dopo decenni – per introdurre l'istruttoria pubblica nei procedimenti di massa). Il mandato da Sindaco gli consente di sperimentare la sua abilità di mediatore anche in trattative difficili e complesse e ottiene l'importante risultato della nomina di Genova a capitale europea della cultura (2004). Sempre aperto al dialogo, acquisisce la stima anche dei suoi avversari politici.

Curioso nei confronti delle arti e delle scienze, la sua ricca cultura – non solo giuridica – traspare dalla nomina a Presidente dell'Accademia

Ligustica di Belle Arti, Presidente del Conservatorio Niccolò Paganini e di membro del Comitato Esecutivo dell'Istituto Italiano di Tecnologia.

Ciascuno studioso gli deve riconoscenza per il suo contributo alla scienza giuridica, ma chi ha avuto la fortuna di essere suo allievo nutre nei suoi confronti anche un debito di gratitudine per l'esempio ineguagliabile.

RICORDI

INTODUZIONE

Daria de Pretis

Partecipare a questo incontro di studio in ricordo del Prof. Giuseppe Pericu è per me un grande onore, e sono particolarmente grata ai suoi Allievi dell'invito.

La sessione che sono chiamata a presiedere esordisce con il racconto di due grandi Maestri, che con Lui hanno condiviso un percorso non comune, e prosegue con una serie di relazioni su alcuni dei principali temi cui Giuseppe Pericu ha dedicato i suoi studi e la sua vasta opera scientifica. Nell'una e nell'altra prospettiva saranno indagate la sua figura e il suo contributo scientifico di studioso, giurista poliedrico e uomo delle istituzioni di prima grandezza, e sarà messa in evidenza, al contempo, la eccezionale ricchezza della sua vita professionale e del suo impegno civile, ciò che non rende facile la scelta delle poche parole di introduzione che mi competono.

Permettetemi allora di partire da qualche ricordo personale – rievivato nella memoria quando mi è giunta la tristissima notizia della sua scomparsa – che mi consente di sottolineare alcuni tratti della sua figura che mi sembrano particolarmente significativi.

Con il Prof. Pericu non avevo la consuetudine di frequentazione di altri di noi, oggi qui presenti, ma le non molte occasioni in cui ho avuto l'opportunità di incontrarlo hanno lasciato in me il segno di una personalità davvero speciale, prima ancora che di quel grandissimo giurista che è stato.

Non posso dimenticare, in particolare, il primo incontro, poco meno di 40 anni fa, a Trento, dove Pericu era stato nominato commissario del mio concorso da ricercatore. Era uno dei primi importanti rappresentanti

dell'accademia che incontravo da vicino, e mi colpì subito il tratto di grande umanità che accompagnava, quasi facendolo passare in secondo piano, il prestigio di quello che era già allora un riconosciuto esponente di primissimo piano della nostra disciplina. Il sorriso, l'attenzione per l'interlocutore, il garbo nella postura, apparivano non in contrasto, ma, anzi, in armonia con il rigore con cui molto brillantemente esponeva, argomentava, precisava, riprendeva.

Quando poi, in seguito, mi sarebbe capitato di incontrarlo di nuovo in qualche altra occasione accademica, non mancava mai di ricordare lui stesso, con gentilezza, quel primo incontro e di sottolineare generosamente la sua soddisfazione per l'esito di quel concorso. Mostrava di avere seguito il mio successivo percorso e non lesinava parole di incoraggiamento. Ogni volta ritrovato, insieme, quell'autorevolezza e quel garbo, quel rigore nell'approccio alle questioni scientifiche e professionali e quel tratto di compiuta umanità, come se l'uno e l'altro aspetto della sua personalità stessero sempre in equilibrio fra loro, e come se, in quell'equilibrio, reciprocamente si potenziassero.

La sensazione di conoscerlo anche più di quanto gli incontri occasionali non potessero far pensare è poi maturata negli anni, man a mano che approfondivo lo studio dei suoi scritti, ne seguivo l'azione nel mondo delle istituzioni e, naturalmente, ne condividevo indirettamente il legame – e vorrei dire anche l'affetto – del mio Maestro, Fabio Roversi Monaco, che tanto gli era legato, e dei suoi allievi, Margherita, Eugenio, Maurizio, colleghi e amici molto cari.

Dicevo dell'equilibrio fra autorevolezza ed empatia nell'approccio personale. Ma, più in generale, è proprio questa cifra, dell'equilibrio, dell'armoniosa convivenza di esperienze, prospettive e approcci diversi, che mi offre un filo conduttore per queste brevi considerazioni sulle tante cose scritte e fatte e sui tanti ruoli rivestiti dal Prof. Pericu.

Giuseppe Pericu è stato giurista teorico e pratico insieme, magistralmente impegnato, nello stesso tempo e nella stessa misura, sul fronte delle idee e su quello dei problemi concreti: idee e problemi che ha affrontato e sviluppato congiuntamente, sapendo poi fondere in modo virtuoso l'attività speculativa e l'azione sul campo.

Nei suoi scritti di diritto amministrativo, innanzitutto, il metodo rigoroso di ricostruzione di sistemi e istituti sta in equilibrio con la novità e la

concretezza degli oggetti indagati. Già a partire dall'imponente studio sulle sovvenzioni, e ancora prima in quello sull'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, Pericu sceglie di cimentarsi con tematiche e fenomeni nuovi per i tempi e sempre fortemente legati alla realtà, in ciò evidentemente sollecitato da questioni promananti con urgenza dalla vita sociale ed economica del suo tempo.

Queste stesse istanze stanno alla base dei molti argomenti che hanno costituito oggetto della sua opera, che saranno ripresi e ripercorsi nelle relazioni di questa sessione: dai servizi pubblici all'urbanistica, dai contratti a evidenza pubblica al rapporto fra procedimento e processo, dalle autonomie territoriali all'eguaglianza in relazione all'amministrazione, dall'amministrazione per finanziamenti all'intervento pubblico nell'economia, dalla tutela dell'ambiente agli accordi di diritto pubblico. Tutti temi di cui Giuseppe Pericu ha offerto una lettura originale, che non ne tradisce la complessità, e che è sempre, per un verso, riconducibile alle categorie e al metodo classico di analisi del diritto e, per altro verso, animata da ragioni di fondo di impegno civile e sociale indirizzate verso l'innovazione. E tutti temi nella cui scelta si coglie bene il nesso fra l'interesse scientifico dello studioso e l'aspirazione dell'operatore e del riformatore a impegnare la stessa scienza giuridica nella trasformazione della realtà.

Anche i motivi ispiratori di fondo della sua opera sono plurimi e sempre coerenti con questo approccio: la Costituzione e i suoi valori più profondi, innanzitutto, base di lettura del sistema e criterio di soluzione dei problemi di volta in volta posti dalla realtà delle cose; la necessità di restare ancorati ai dati concreti, perché di quelli si deve occupare il giurista; l'apertura alle altre discipline, l'economia, prima di tutte, ma anche l'urbanistica, per esempio, considerata quale scienza e tecnica autonoma, o la stessa scienza dell'organizzazione. Una disposizione all'interdisciplinarietà – non comune nel momento in cui Pericu la praticava – che allarga gli orizzonti, gli consente di dare più compiutamente conto della complessità della realtà e contribuisce a orientare più efficacemente le sue tesi a soluzioni di valenza pratica.

Non diversamente, nella sua vita professionale stanno in equilibrio fra loro i molti aspetti del suo operare: la missione accademica di studioso e docente, e ancora di Maestro di una scuola di allievi di qualità indiscussa; l'attività pratica di avvocato; quella di operatore del diritto in organi am-

ministrativi e di riformatore in commissioni ministeriali. In questa prospettiva, anche l'impegno politico prima in Parlamento e poi come Sindaco per due legislature della sua città, appare lo sbocco naturale del modo coerente e appassionato di Giuseppe Pericu di vivere la sua missione di studioso e giurista, mettendo il suo profondo sapere, la sua vasta esperienza e le sue eccezionali qualità intellettuali e umane al servizio della collettività.

Uno studioso, dunque, che ha guardato al diritto da plurimi angoli visuali, teorici e operativi, ricavando da questa feconda integrazione di prospettive una visione articolata e completa del fenomeno giuridico, che fa dell'opera di Pericu un apporto fondamentale alla scienza giuridica degli ultimi decenni. Al tempo stesso, un giurista che ha indirizzato la sua conoscenza, al di là dei soli obiettivi di ricerca, a finalità di proposta concreta per il miglioramento della vita degli individui e della società e per la realizzazione dei suoi ideali di civile convivenza.

FU VERA AMICIZIA

Fabio Alberto Roversi Monaco

Ho conosciuto Beppe Pericu in occasione della comune partecipazione alla libera docenza in Diritto Amministrativo nel 1967.

In quell'epoca, e fino all'inizio degli anni '70, la regola – rispettata per il nostro settore disciplinare – era quella di attribuire il titolo di professore libero docente fino a tre candidati ritenuti più meritevoli degli altri, e pertanto vincenti.

Voglio sottolineare che la mancanza di rigore nel rispettare il numero di candidati ritenuti idonei, portò invece alcuni settori disciplinari ed alcune Facoltà ad un vero e proprio eccesso di candidati fino ad arrivare, in deroga al sistema allora vigente, a numeri non accettabili. E questa fu la principale ragione dell'abolizione della libera docenza, che rappresentava invece uno strumento importante di contenimento e di scelta dei migliori.

Alla tornata del 1967 parteciparono 11 aspiranti, di cui tre furono appunto dichiarati idonei: fra questi Giuseppe Pericu con relazione molto positiva.

La libera docenza consisteva nel nostro settore in un esame molto difficile, effettivamente volto ad individuare i migliori.

Il Presidente della Commissione era il Prof. Enrico Guicciardi, considerato da tutti un grande studioso ed un professore severo, ma giusto.

La comune fatica e la consapevolezza di avere superato con pieno merito e di fronte ad una Commissione presieduta con massima autorevolezza, furono elementi decisivi nel far nascere un rapporto di stima, amicizia ed affetto, mai venuto meno, fra il Prof. Pericu e me.

Giuseppe Pericu (Beppe), oltre alla chiarezza ed al rigore come studioso, era capace di un'attenzione nei rapporti umani e professionali che dif-

ficilmente si poteva (e si può) riscontrare in un ambiente spesso caratterizzato, allora come oggi, da invidie ed intolleranze.

Nella vita accademica Beppe diede sempre dimostrazione di brillante ed innovativa intelligenza e di piena comprensione dei problemi delle università italiane, tradite e travolte in quegli anni, e negli anni a venire, da normative statali politicizzate in modo deteriore.

Nella seconda fase della nostra vita accademica e dell'impegno universitario, avemmo poi la possibilità di raggiungere insieme il più importante traguardo, partecipando nel 1971 all'ultimo concorso a cattedra basato sul sistema della terna, sistema ben più selettivo e difficile di quelli adottati negli anni successivi.

Beppe Pericu, Fabio Merusi e Fabio A. Roversi Monaco furono i vincitori del concorso a cattedra di Diritto Pubblico dell'economia a seguito di una procedura complessa e stressante.

Durante il concorso e subito dopo il suo esito io mi sentii un vero privilegiato: accolto da due studiosi e gentiluomini, già legati fra loro, per diventare il terzo.

Fabio Merusi, giustamente considerato il migliore studioso, seppe gestire e risolvere con grande generosità anche problemi che dopo il concorso investirono la mia posizione –essendo io invisato a parte dell'establishment accademico, mentre Beppe Pericu operò nel medesimo senso con amicizia ed altruismo.

Fu quello un momento decisivo della mia vita poiché il rapporto con essi mi consentì di operare con la certezza che avrei sempre trovato il sostegno ed il rispetto di uomini e colleghi che sono stati fondamentali per la mia vita di professore universitario.

Beppe Pericu è poi stato Sindaco di Genova dal 1997 al 2007, è stato parlamentare, ha svolto una rilevante attività di consulenza libero-professionale, ha operato in importanti istituzioni pubbliche.

Di tale periodo è impossibile dimenticare gli anni in cui Egli è stato Sindaco: la sua capacità di intrecciare relazioni che hanno consentito un'apertura culturale e hanno arricchito la città, donandole prospettive che l'hanno mutata, così da indurre i suoi collaboratori di alto livello, economisti, giuristi ed architetti, ad affermare che con Beppe Pericu sono stati reinterpretati gli stessi caratteri identitari della città di Genova.

La città come protagonista non è stato uno slogan fine a se stesso, ma

il recupero di una coesione sociale e, come altri ha detto assai bene, la rivisitazione della storia della città.

Rientrano in questo contesto il centro storico e importanti interventi sulle strade e le piazze, la designazione di Genova come capitale europea 2004, i rapporti con la Spagna che hanno significato il rilancio di Genova nel contesto internazionale.

RICORDANDO GIUSEPPE PERICU.
UN ULTIMO CONVEGNO IN COPPIA ...

Fabio Merusi

1. – Molte occasioni hanno unito la nostra vita, sia umana, che accademica e financo professionale. Nel nostro primo fortuito incontro all'Istituto di Diritto Pubblico della Sapienza romana scoprimmo di avere interessi comuni per l'intervento pubblico dell'economia, come allora veniva generalmente definito. Io mi occupavo di partecipazioni statali, lui di sovvenzioni pubbliche. Spinti anche dalla reciproca immediata simpatia, finimmo presto per gettare un ponte fra i suoi studi ed i miei, come testimoniano i nostri studi successivi. Tanto che spesso venivamo invitati in coppia a convegni dedicati a tematiche dell'appena nato diritto pubblico dell'economia. Vincemmo, naturalmente, insieme il primo concorso universitario di diritto pubblico dell'economia. Allora vigeva il sistema delle terne e fummo entrambi "ternati". Divenuti "accademici" allargammo i nostri studi ai più diversi campi del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare al quale ci eravamo entrambi dedicati, ma, forse per inerzia, continuarono ad invitarci in coppia a convegni dedicati alle problematiche amministrative più disparate, ultimo dei quali il "megaconvegno" dedicato al "150° dell'unificazione amministrativa italiana", avvenuta con una serie di leggi nel 1865. Fummo chiamati ancora una volta insieme a commentare una serie di studi dedicati, non alla legge del 1865, detta dell'abolizione del contenzioso amministrativo, che attribuisce al giudice ordinario la tutela dei diritti del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, bensì al processo amministrativo istituito, in forma "reticente", ben più di vent'anni dopo. Curiosamente, ma non tanto, perché la stessa cosa accadde anche per gli studi celebrativi del cen-

tenario dell'unificazione amministrativa. Tutti gli studi che io e Pericu eravamo chiamati a commentare non si occupavano della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della P.A., bensì del processo amministrativo e delle sue "metamorfosi" susseguitesì nell'arco di tempo che va dal 1889, in cui fu creata una giurisdizione amministrativa "sottocopertura", fino alla sistemazione codicistica del processo amministrativo avvenuta nel 2010.

In sostanza, gli studi che eravamo chiamati a commentare non si occupavano dei poteri del giudice ordinario nei confronti della P.A., bensì dei problemi del parallelo giudice amministrativo sopravvissuti, o sopraggiunti, dopo l'entrata in vigore del codice del 2010. Qualcosa di simile alla nota boutade del presente come storia.

Pur non essendoci consultati prima, Pericu ed io esprimemmo giudizi sostanzialmente simili sullo "stato" del processo amministrativo dopo le riforme così come risultanti dalle relazioni presentate al convegno:

– si era fatta una certa confusione tra effettività, efficienza, servizio pubblico e piena giurisdizione, così come "sollecitata" da una corte sovranazionale, la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU);

– l'attribuzione al giudice amministrativo di una giurisdizione esclusiva in materia di responsabilità "civile" per violazione di interessi legittimi aveva "convertito" il diritto soggettivo al risarcimento del danno in un criterio di riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario anche in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione, espandendo così le potenzialità di una figura giuridica ignota, come sottolineava Pericu, ad ogni altro ordinamento europeo, l'interesse legittimo;

– l'utilizzazione della figura dell'interesse legittimo come criterio di riparto di giurisdizione non comportava anche la conversione della responsabilità civile in "responsabilità amministrativa", come la giurisprudenza del giudice amministrativo post 2010 sembrava – e tuttora sembra – indicare?

Osservava infatti Pericu che *"Analisi di qualche anno fa hanno dimostrato che le sentenze di condanna al risarcimento del danno rappresentano una percentuale del tutto trascurabile; a quanto mi risulta la situazione non è mutata oggi. Anche i contenuti della condanna sono del tutto inidonei a*

constituer un effectif ristoro; di fatto vengono escluse importanti componenti del danno". Con qualche ritocco l'affermazione può essere ripetuta ancor oggi.

Ripensando alle osservazioni critiche dell'amico Pericu ho pensato che un modo per continuare il dialogo tra di noi potesse essere quello di appurare se il giudice amministrativo italiano potesse essere diventato un giudice di piena giurisdizione partendo proprio dalla nuova competenza del giudice della responsabilità civile della P.A. attribuitagli dal codice del 2010, riprendendo, con variazioni, una riflessione avviata subito dopo il nostro giudizio parallelo dedicato agli studi sul 150° ...

2. – Cominciamo dalle osservazioni di Pericu sugli effetti dell'attribuzione della responsabilità per danni al giudice amministrativo nell'ipotesi di violazione di interessi legittimi.

Il fenomeno sottolineato da Pericu ha forti analogie con quello successo in Francia nel lontano 1873 col Tribunale dei Conflitti nell'*arrêt Blanco* e nel 1903 col Consiglio di Stato francese nell'*arrêt Terrier*. Una parziale analogia che non sfuggì ai primi commentatori della sentenza di Corte di Cassazione n. 500 che finalmente riconobbe la responsabilità civile della pubblica amministrazione anche "per violazione di interessi legittimi".

Sennonché, come in Francia, una volta attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo la responsabilità per danni della P.A. si trasformò in "responsabilità amministrativa", sia con riferimento all'*an*, al *quomodo* e al *quando*.

Come ha affermato nell'*arrêt Blanco* con chiarezza e fine analisi nelle sue conclusioni il Commissario del Governo David "... *cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés; ...*". E così è accaduto, e sta accadendo, anche nel caso della giurisdizione "esclusiva" attribuita al giudice amministrativo italiano in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per c.d. violazione di interessi legittimi.

Se nella sostanza l'analogia può considerarsi perfetta, va riconosciuto che fra la responsabilità "amministrativa" italiana e francese ci sono alcuni tratti differenziali. In Francia la responsabilità amministrativa è deriva-

ta da una “invenzione” giurisprudenziale. In Italia da una decisione legislativa. In Francia il criterio distintivo è di tipo oggettivo: il danno deve avvenire nell’ambito dell’esercizio di un *service public*, di un servizio pubblico. In Italia il criterio di carattere soggettivo deriva dalla situazione giuridica soggettiva del danneggiato il quale sarebbe leso in un suo interesse legittimo.

Da un punto di vista della giustizia sostanziale si possono fare valutazioni diverse sulla bontà di un criterio piuttosto che dell’altro. Nell’ordinamento francese la nozione di *service public* è diventata una nozione difficilmente afferrabile, mentre la nozione soggettiva di interesse legittimo, come sottolineava Pericu, è persino dubbio che esista e in ogni caso ha subito dato luogo a pretese di recupero di giurisdizione da parte del giudice ordinario accampando riconoscimenti di diritti soggettivi al posto di interessi legittimi, con inevitabili diatribe dottrinali su criteri di distinzione fra le due pretese diverse situazioni giuridiche soggettive produttive del danno.

Come dire che Pericu aveva visto giusto sostenendo che attribuendo la giurisdizione al giudice amministrativo si era trasformato la responsabilità civile in responsabilità amministrativa. Quasi certamente contro la volontà degli estensori del codice del processo amministrativo del 2010 che invece, inventando un nuovo caso di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, avevano pensato di risolvere un’altra questione, anch’essa oggetto di forte tensione fra giudice amministrativo e giudice ordinario, sul chi dovesse condizionare l’altro nell’accertamento della lesione della situazione giuridica soggettiva.

3. – Una volta stabiliti gli effetti negativi dell’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per violazione di interessi legittimi, qualche effetto positivo la determinazione del nuovo caso di giurisdizione esclusiva lo ha avuto?

Un effetto positivo certamente lo ha avuto: è quello di potere rispondere che il giudice amministrativo italiano è un giudice di piena giurisdizione, sia come giudice della responsabilità amministrativa, sia come giudice della legittimità degli atti amministrativi.

Anche qui viene in soccorso l’analogia con il citato caso di “responsa-

bilità amministrativa” attribuito dal Tribunale dei Conflitti e dal Conseil de État francese nei citati casi giurisprudenziali dell’800/’900 francese.

Trent’anni dopo l’*arrêt Blanco* nel 1903 il Conseil de État con l’*arrêt Terrier*, sviluppando un *obiter dictum* contenuto nell’*arrêt Blanco*, enunciò la teoria del *service public* e la pubblicità di tutti gli atti e le operazioni che ne fossero la manifestazione e conseguentemente la “piena giurisdizione” del giudice amministrativo in materia di responsabilità “amministrativa” della pubblica amministrazione esercente un *service public*.

È quest’ultima “conseguenza” che ci interessa. Se la giurisdizione attribuita al giudice amministrativo francese in tema di responsabilità per danni è piena, anche la giurisdizione attribuita al giudice amministrativo italiano nella stessa materia lo è. Né ha rilievo il quando e il come tale giurisdizione sia stata attribuita al giudice amministrativo, in Francia più di un secolo fa e in Italia pochi anni fa: in Francia per interpretazione giurisprudenziale, e in Italia dal legislatore. Quel che conta è stabilire che cosa sia in entrambi i casi e se sia la stessa cosa che pretende la CEDU basandosi sull’art. 6 del Trattato dei Paesi europei sui diritti dell’uomo.

Il carattere pieno della giurisdizione del giudice amministrativo in materia di responsabilità è intrinseco alla stessa natura di un giudizio di responsabilità: per poter giudicare il giudice, anche quello amministrativo, deve poter conoscere il fatto dal quale può esser sorta l’obbligazione al risarcimento e, per soddisfare la domanda del ricorrente, deve condannare il danneggiante, nel nostro caso la pubblica amministrazione, a soddisfare l’obbligazione sorta dal fatto illecito. Così fa il giudice civile, così fa anche il giudice amministrativo se a lui è attribuita la giurisdizione. È la natura stessa del giudizio di responsabilità che esige che questo sia pieno. Il giudice, ancorché amministrativo, non può fare altrimenti.

C’è in primo luogo da chiedersi che cosa vollero dire gli interpreti dell’*arrêt Blanco* quando affermarono che in quel caso la giurisdizione era piena. Che era piena a differenza di quale giudizio? Del giudizio per *excès de pouvoir*, l’equivalente, con varianti irrilevanti per il nostro discorso, del giudizio di legittimità dell’atto amministrativo introdotto in Italia dal legislatore del 1889, cioè del normale giudizio attribuito al giudice amministrativo. Il giudizio di legittimità appariva diverso perché il giudice amministrativo doveva esercitare il suo potere giurisdizionale senza violare la divisione dei poteri, senza sostituirsi alla pubblica amministrazione,

al potere esecutivo. Per non violare la divisione dei poteri il giudizio amministrativo deve essere un giudizio di legittimità, non di merito. La sua sentenza non può sostituirsi ad un atto amministrativo. Il giudice amministrativo di legittimità non può sostituirsi alla pubblica amministrazione.

Stabiliti questi principi teorici differenziali fra il giudizio di responsabilità e il giudizio sulla legittimità degli atti della pubblica amministrazione, è proprio vero che la piena giurisdizione sia estranea al giudizio di legittimità? O la piena giurisdizione può trovar posto anche nel giudizio di legittimità sia pur con qualche tratto differenziale rispetto al giudizio di responsabilità per danni?

Dalla sicura piena amministrazione nel giudizio sulla responsabilità per danni si possono trarre argomenti per affermare la configurabilità di una piena giurisdizione anche nel giudizio di legittimità? In altre parole, la piena giurisdizione si può applicare anche al processo amministrativo senza intaccare la divisione dei poteri, senza fare del giudice amministrativo un amministratore di secondo grado? È immaginabile materializzare lo spettro della piena giurisdizione anche a proposito del giudizio di legittimità sugli atti amministrativi, così come sembra pretendere la CEDU?

Anche il giudizio di legittimità diventa necessariamente pieno quando la legittimità del provvedimento della P.A. dipende necessariamente dal fatto. In questo caso risulta per comparazione col giudizio di responsabilità per danni che il giudice, per giudicare sulla legittimità dell'atto, deve poter conoscere a pieno il fatto che costituisce il necessario presupposto, o per meglio dire, il fattore causale, della legittimità dell'atto.

Quando la legittimità dell'atto dipende dal fatto anche il giudizio di legittimità è pieno perché il giudice amministrativo per giudicare della legittimità dell'atto deve poter conoscere a pieno il fatto come nel giudizio per responsabilità per danni. E ciò necessariamente deve succedere nei provvedimenti sanzionatori di una pubblica amministrazione per i quali il giudice amministrativo, per poter giudicare della legittimità del provvedimento sanzionatorio, deve poter conoscere a pieno la fenomenologia dell'infrazione che l'Autorità ha inteso sanzionare. Se in questo caso il giudice amministrativo deve necessariamente conoscere il fatto, è un giudice di piena giurisdizione che non può trovare ostacolo alcuno, né limitazione alcuna, nella ricostruzione del fatto che ha indotto l'Amministrazione a sanzionare l'infrazione, né nella valutazione della legittimità del

provvedimento sanzionatorio perché questo dipende necessariamente dal fatto accertato.

Come abbiamo visto succedere spesso non si tratta di una tesi originale. Qualcuno lo aveva già detto, ancora una volta un francese. Già Laferrière (E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II ed., vol. I, Berger-Levrault & Co., Parigi-Nancy, 1896, 13 ss.) verso la fine del secolo XIX, qualche anno dopo che al giudice amministrativo francese era stata riconosciuta la giurisdizione sulla responsabilità per danni della pubblica amministrazione nell'esercizio di un *service public*, nel catalogare per tipi la giurisdizione del Conseil d'État affermava che nel contenzioso di "repressione", cioè nei giudizi su provvedimenti amministrativi sanzionatori, sia pure con caratteristiche particolari, la piena giurisdizione dipendeva dai tratti analogici con il processo penale dove, come nel processo per responsabilità per danni, la necessaria conoscenza del fatto costituiva un tratto, per così dire consustanziale, del processo.

Non è forse un caso che contenziosi amministrativi istituiti su modello francese in Stati italiani della Restaurazione (il Regno di Napoli e il Ducato di Parma) avessero provveduto a codificare il processo amministrativo prevedendo norme desunte dai codici di "processura criminale" le quali disciplinavano i poteri istruttori del giudice amministrativo per addivenire alla conoscenza del fatto nei giudizi sulla legittimità di provvedimenti amministrativi sanzionatori. Una analogia col processo penale, che non va presa alla lettera, ma solo con riferimento alla identità del tipo processuale, rappresentata dalla necessaria piena conoscenza del fatto da parte del giudice. Con la conseguenza che non appare rilevante l'analogia con la pena, bensì con quella col processo, donde la completa irrilevanza della misura più o meno afflittiva del provvedimento amministrativo sanzionatorio. Qualunque sia il tipo del provvedimento amministrativo sanzionatorio occorre conoscere il fatto come nel processo penale. Osservazione non fine a se stessa, ma ritenuta opportuna per contrastare la tendenza che si è manifestata dopo alcune sentenze della CEDU in materia di responsabilità sanzionatoria della pubblica amministrazione a cercare di giustificare la ammissibilità di una giurisdizione non piena sulla base di un preteso carattere non completamente afflittivo di determinate sanzioni amministrative. Ciò che conta non è, nel caso, l'analogia fra atti, ma

l'analogia fra procedimenti processuali. Va infatti tenuto conto che lo spettro della piena giurisdizione si è materializzato in prevalenza in sentenze della CEDU che hanno rilevato carenze di piena giurisdizione nel processo amministrativo di alcuni Paesi europei proprio in relazione al contenzioso sulla legittimità di provvedimenti sanzionatori della pubblica amministrazione. Il rapporto fatto-legittimità del provvedimento per il determinarsi di una piena giurisdizione necessaria è riferibile pertanto anche a provvedimenti non sanzionatori, nel caso in cui l'emanazione dell'atto discende necessariamente da un presupposto di fatto, come nel caso sempre più frequente delle autorizzazioni vincolate e delle abilitazioni per le quali la logica del mercato concorrenziale ha da tempo soppiantato i poteri discrezionali della pubblica amministrazione.

Così precisata, la piena giurisdizione diventa un problema essenzialmente istruttorio, il giudice può conoscere il fatto attraverso l'uso di strumenti istruttori, anche nel processo di legittimità. E, non a caso, il codice del 2010 ha cura di indicare gli strumenti istruttori spesso necessari per conoscere il fatto: la verifica e la consulenza tecnica d'ufficio. Si potrebbe obiettare che è nota la "ritrosia" del giudice di legittimità, almeno di quello italiano, di "uscire dalle carte" e che prevedere strumenti istruttori non significa usarli quando risultano necessari per conoscere il fatto. La nota discrasia tra teoria ed effettività sottesa alle critiche di Pericu.

Va riconosciuto peraltro che, nel periodo successivo alle sue critiche congressuali, il giudice amministrativo, in particolare il Consiglio di Stato, sempre più di frequente ha fatto ricorso all'istituto della verifica ... forse per prevenire possibili censure da parte della CEDU.

Si sarebbe acquietato lo spirito critico del compianto amico? Forse no, perché il "verificatore" è pur sempre un organo della pubblica amministrazione, mentre il "giusto processo", sbandierato in apertura del codice del 2010, dovrebbe estendersi anche ai mezzi istruttori ... Ma tant'è, il nostro colloquio si è dolorosamente interrotto ...

RELAZIONI

ACCORDI PUBBLICISTICI, DOGMATICA GIURIDICA E GIURISPRUDENZA DEGLI INTERESSI: LA RIFLESSIONE DI GIUSEPPE PERICU*

Eugenio Bruti Liberati

SOMMARIO: 1. Premessa. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sugli accordi inerenti all'esercizio di poteri amministrativi e il contributo di Giuseppe Pericu. – 2. La svolta dottrinale della fine degli anni Settanta del Novecento e la legge n. 241/1990. – 3. La riflessione sugli accordi di Giuseppe Pericu. – 4. La giurisprudenza oggi prevalente e il rilievo che nella disciplina degli accordi assumono i principi pubblicistici sulla funzione amministrativa.

1. Premessa. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sugli accordi inerenti all'esercizio di poteri amministrativi e il contributo di Giuseppe Pericu.

Il tema degli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati “*riconducibili all'esercizio di un potere pubblico*” continua ancora oggi ad essere oggetto di un intenso dibattito dottrinale, che attiene non soltanto alla puntuale individuazione del regime giuridico concretamente applicabile a tali rapporti, ma anche, meno fisiologicamente, al loro inquadramento sul piano sistematico.

* L'Autore di queste note è stato allievo del Prof. Giuseppe Pericu ed è quindi a lui legato da vincoli profondi di affetto e di riconoscenza. Non solo per i suoi allievi, peraltro, Beppe Pericu è stato un esempio e una fonte di ispirazione, e lo è stato in tutti gli ambiti in cui si è impegnato: nella ricerca, ovviamente, ma anche nell'insegnamento, nella professione legale e nell'attività di amministratore pubblico, in cui ha riversato la sua passione civile e la sua convinzione che si possa e si debba cercare di incidere positivamente sulla realtà.

Per quanto la giurisprudenza – costituzionale, amministrativa e civile – abbia ormai optato, da almeno due decenni, per una lettura contrattual-pubblicistica di tali accordi¹, e tale lettura sia condivisa da parte notevole della dottrina², permangono in sede dottrinale dubbi e critiche nei confronti di tale indirizzo ricostruttivo e proposte volte a suggerire interpretazioni più marcatamente privatistiche delle discipline applicabili ai rapporti in questione³.

Nel lungo e assai frastagliato percorso in cui si è snodato questo dibattito, un punto di svolta decisivo, com'è ben noto, si è avuto tra la fine degli anni '70 e gli anni '90 del Novecento, prima con alcune analisi dottrinali che, innovando significativamente rispetto alle impostazioni in precedenza prevalenti, hanno aperto la via ad un esplicito riconoscimento della negoziabilità – a determinate condizioni – dell'esercizio del potere amministrativo⁴; e poi con la legge n. 241/1990, il cui art. 11, direttamente ricollegandosi a quelle analisi dottrinali, ha codificato sul piano normativo tale riconoscimento attraverso la previsione di accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento ovvero sostitutivi del medesimo.

È questo punto di svolta, certo variamente interpretato dalla dottrina successiva ma indiscutibile nel suo significato essenziale, che ha determinato l'assetto attuale del nostro sistema giuridico sul tema degli accordi: un assetto nel quale – contrariamente a quanto ritenuto in un passato in

¹ Per quanto attiene alla Corte Costituzionale, v. in particolare le ben note sentenze 5 luglio 2004, n. 204 e 15 giugno 2016, n. 179. Per la giurisprudenza civile v. ad esempio, tra le molte, Cass., s.u., ordinanza 28 luglio 2021, n. 21650. Per la giurisprudenza amministrativa v., tra le altre, Cons. Stato, II, sentenza 19 aprile 2022, n. 1953; Cons. Stato, VI, 24 dicembre 2018, n. 7212.

² V. in particolare G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003. Per gli ulteriori, opportuni riferimenti dottrinali sia consentito il rinvio a E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; ID., voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Giuffrè, Milano, 2001, 1 ss.

³ V., in particolare, tra i lavori di quest'ultimo periodo, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli, 2016. V. anche, per una riflessione critica verso gli orientamenti pubblicizzanti della giurisprudenza (e del legislatore), M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 675 ss.

⁴ Su tale svolta v. *infra* gli Autori citati nel par. 2.

fondo non lontanissimo – la possibilità di dedurre in un atto bilaterale negoziato tra p.a. e privati una scelta amministrativa discrezionale è certamente ammessa, e il problema è divenuto quello di definire il sistema delle regole che devono disciplinare tale atto bilaterale e la logica di fondo che deve ispirarlo.

Ed è proprio in quel passaggio fondamentale, e nel momento dell'analisi della sua portata e delle sue implicazioni, che si collocano le riflessioni oggi più attuali e rilevanti tra quelle che Giuseppe Pericu ha dedicato all'attività convenzionale delle pubbliche amministrazioni.

Sono riflessioni che appaiono significative non solo per il merito delle analisi svolte e delle tesi sostenute – che hanno fornito e continuano a fornire argomenti robusti a favore delle ricostruzioni pubblicistiche del regime degli accordi – ma anche sotto il profilo metodologico.

L'approccio interpretativo di Pericu appare infatti peculiare, caratterizzato com'è dal suo muoversi, con grande padronanza ma anche con evidente problematicità, tra la dogmatica giuridica, con l'uso delle categorie generali e dei concetti, e la giurisprudenza degli interessi – tra il sistema e il problema, per richiamare una nota e felice terminologia⁵.

Nelle pagine che seguono si concentrerà quindi l'attenzione prima sul fondamentale cambio di indirizzo che, come rilevato, si è verificato nella dottrina italiana a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso ed è in seguito sfociato nella nostra legge generale sul procedimento amministrativo, e poi sul contributo che dopo quella svolta Giuseppe Pericu ha dato al nuovo inquadramento della materia.

Infine, si prenderà brevemente in esame lo stato attuale della giurisprudenza sugli accordi, in particolare per valutarne la reale coerenza con la logica di fondo che secondo la dottrina contrattual-pubblicistica deve guidare la ricostruzione della disciplina dei medesimi.

⁵ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 1-2.

2. La svolta dottrinale della fine degli anni Settanta del Novecento e la legge n. 241/1990.

Nel rileggere oggi quanto Giuseppe Pericu ha scritto negli anni '80 e '90 del Novecento sul tema delle attività convenzionali delle pubbliche amministrazioni⁶ si resta subito colpiti dall'insistenza con cui nelle sue analisi viene richiamata la questione del metodo, con una critica molto netta ad un uso eccessivo e aprioristico della dogmatica e l'invito a costruire o aggiornare le categorie generali sulla base dei concreti dati normativi e della realtà economico-sociale sottostante⁷.

In effetti, la materia degli accordi e delle convenzioni "pubblicistiche"

⁶ Occorre qui ricordare, quanto meno, i seguenti lavori: *Problematiche recenti nei rapporti pubblico-privati nella pianificazione territoriale*, in *Quaderni regionali*, 1986, n. 1; *L'attività di incentivazione: recenti problematiche giuridiche*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Atti del Convegno nazionale di studi, Torino 13-15 giugno 1985, Giuffrè, Milano, 1987; *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, in *Quaderni regionali*, 1987, n. 4, Giuffrè, Milano; *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, in E. SAMEK LUDOVICI, G.M. BERNAREGGI (a cura di), *Pubblico e privato: cooperazione organizzativa tra privati ed enti locali nelle aree urbane*, Franco Angeli, Milano, 1990; *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in C. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 1993, II, 1611 ss. Tutti i lavori ora richiamati sono stati ripubblicati in G. PERICU, *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009, rispettivamente a 451 ss., 471 ss., 491 ss., 613 ss., 691 ss. Nel prosieguo si farà riferimento principalmente a *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., con la sua numerazione originaria.

⁷ V., in particolare, G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit. Nel richiamare il dibattito dottrinale relativo all'inquadramento dei rapporti convenzionali tra p.a. e privati inerenti ad "oggetti pubblici", e dopo avere evidenziato le peculiarità che la disciplina sembrava presentare, Pericu osserva, ad esempio, che tale problema è stato "affrontato soprattutto in termini di ammissibilità astratta della stessa categoria [quella del contratto di diritto pubblico]. Attraverso una singolare inversione metodologica, tipicamente concettualistica, non ci si è chiesti se il legislatore avesse introdotto fattispecie con simili caratteristiche, ma se una tale ricostruzione fosse, in linea astratta, ammissibile in presenza di fattispecie legislative che presentavano apparentemente le caratteristiche descritte" (p. 1635). Considerazioni analoghe, solo formulate in termini più specifici, si rinvencono anche nell'ambito dell'analisi svolta con riguardo a singoli tipi convenzionali: v. in particolare p. 1674 s. per le convenzioni di lottizzazione urbanistica; e p. 1713 s. per le concessioni di pubblico servizio.

si prestava allora perfettamente ad una riflessione e a una critica di questo genere: a lungo condizionata e anzi dominata da un dibattito estremamente astratto e concettualistico – quello sull'ammissibilità teorica della figura del contratto di diritto pubblico –, la dottrina italiana aveva faticato, almeno sino alla fine degli anni Settanta, ad esercitare il suo ruolo istituzionale di guida ed orientamento, sul piano sistematico, della giurisprudenza e della prassi amministrativa, che avevano finito per seguire percorsi interpretativi autonomi, largamente sganciati dalle posizioni prevalenti in sede dottrinale.

Era stata soprattutto la pregiudiziale negazione, da parte della dottrina maggioritaria, della negoziabilità dell'esercizio del potere a determinare tale divaricazione, particolarmente evidente nel modo di intendere e ricostruire giuridicamente taluni istituti largamente utilizzati in ambiti cruciali dell'azione amministrativa.

Concessioni di beni e di servizi pubblici, convenzioni urbanistiche, contratti di incentivazione, accordi espropriativi: su tutti questi istituti la giurisprudenza e la prassi amministrative avevano elaborato proprie soluzioni, ben lontane da quelle accolte dalla maggioranza della dottrina, soluzioni che nei fatti ammettevano e presupponevano quella negoziabilità delle scelte amministrative discrezionali che la dottrina maggioritaria, da Ranelletti in poi, continuava appunto ad escludere ostinatamente.

E tuttavia, proprio per il loro carattere trasgressivo rispetto al dogma dottrinale della necessaria unilateralità e non contrattabilità del potere amministrativo, tali indirizzi giurisprudenziali e di prassi tendevano a nascondere o comunque a minimizzare il rilievo che nelle fattispecie considerate assumevano i momenti di consensualità⁸, con implicazioni sotto

⁸ Emblematica di questa tendenza era la costruzione c.d. della concessione-contratto, largamente diffusa in giurisprudenza con riguardo alle concessioni di servizi e di beni pubblici, che presentava il contratto (considerato privatistico) come meramente accessorio rispetto al provvedimento amministrativo, con cui soltanto l'amministrazione avrebbe potuto disporre del suo potere pubblicistico. Questa impostazione era stata poi, com'è ben noto, ripresa, sistematizzata ed estesa anche ad altri rapporti dalla dottrina, e in particolare da M.S. Giannini, che ne aveva fatto il nucleo delle c.d. "costruzioni a doppio grado" o dualistiche. Al riguardo v., in particolare, M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Jandi Sapi ed., Roma, 1962, 18 e 32; nonché ID., *Diritto amministrativo*, II, III ed., Giuffrè, Milano, 428; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, s.d. (ma 1965), 44 ss.

diversi profili non apprezzabili nella ricostruzione della disciplina applicata ai rapporti in questione.

Non è qui necessario ripercorrere nei dettagli tale vicenda concettuale, che in molti hanno già efficacemente raccontato⁹.

Quello che conta è che, tra la fine degli anni '70 e la prima metà degli anni '80 del Novecento, alcuni studiosi – consapevoli dei limiti e dei problemi che l'assetto che si era determinato poneva rispetto alla puntuale definizione del regime giuridico applicabile in ambiti cruciali dell'azione amministrativa – hanno sottoposto gli insegnamenti tradizionali ad una critica serrata, ponendo le basi per un cambiamento radicale di impostazione.

È prima nelle riflessioni di Mario Nigro, a partire dalle convenzioni urbanistiche ma con un taglio in realtà molto più generale¹⁰, e poi nei lavori monografici di Marco D'Alberti sulle concessioni amministrative¹¹ e di Giandomenico Falcon sulle convenzioni pubblicistiche¹² – molto diversi nell'impostazione e anche nel merito della proposta ricostruttiva, ma entrambi fondamentali – che il dogma della necessaria unilateralità del potere amministrativo viene smantellato e che si dimostra che non vi sono ostacoli di principio alla negoziabilità del medesimo.

Inizia una nuova fase, che culmina negli artt. 11 e 15 della legge n. 241/1990 e nell'esplicito, inequivoco riconoscimento dell'ammissibilità di accordi tra pubbliche amministrazioni e privati (e anche tra pubbliche amministrazioni) inerenti all'esercizio di poteri discrezionali¹³.

⁹ V. in particolare M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1981; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Giuffrè, Milano, 1984; B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Giuffrè, Milano, 1987; ID., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483 ss.

¹⁰ V. M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Giuffrè, Milano, 1978, 33 ss.; ID., *Conclusioni*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Quaderno del Formez, Roma, 1988, 79 ss.

¹¹ V. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit.

¹² V. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit.

¹³ Su tali disposizioni – com'è ben noto, risultanti, come tutta la legge n. 241/1990, dal progetto elaborato dalla commissione di studio presieduta da Mario Nigro e di cui

Ed è in questa fase che, come si è sopra rilevato, si collocano anche i contributi oggi più significativi che su questo tema ci ha dato Giuseppe Pericu.

3. *La riflessione sugli accordi di Giuseppe Pericu.*

Dopo alcuni lunghi saggi degli anni Ottanta del Novecento riguardanti talune specifiche tipologie di accordi¹⁴, da cui già emergeva chiaramente l'apertura ai nuovi fermenti dottrinali e la messa in discussione degli orientamenti tradizionali, è poi nel Manuale di Diritto amministrativo curato con altri studiosi, e in particolare nell'ampio capitolo da Lui dedicato all'attività consensuale dell'amministrazione pubblica, che Pericu opera una meditata e rinnovata ricostruzione del tema degli accordi variamente inerenti all'esercizio di poteri amministrativi¹⁵.

Qui, nel Manuale, il metodo di analisi di Beppe Pericu ha modo di

Beppe Pericu era componente – la letteratura è ovviamente amplissima. V., quanto meno, G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 209 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, 543 ss.; C. AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1993; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 237 ss.; ID., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 35 ss.; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1273 ss.; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Cedam, Padova, 1998; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.

¹⁴ V. ancora *Problematiche recenti nei rapporti pubblico-privati nella pianificazione territoriale*, cit.; *L'attività di incentivazione: recenti problematiche giuridiche*, cit.; *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, cit.; *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, cit.

¹⁵ V. il già citato *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in C. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 1611 ss.

esprimersi compiutamente e si manifestano con nettezza sia la sua estrema attenzione al dato normativo e alla realtà dei rapporti economico-sociali sottostanti, sia l'uso sempre controllato, critico e non aprioristico delle categorie generali – che sono comunque utilizzate per dare ordine e sistematicità alle sue operazioni interpretative.

L'analisi che Pericu svolge relativamente a talune figure convenzionali – la concessione di pubblico servizio, le convenzioni urbanistiche, i contratti di incentivazione – è del tutto coerente con questa impostazione generale; e, al di là degli esiti a cui conduce, ha anzitutto il pregio di illuminare con chiarezza il problema di fondo che la normativa poneva.

Questo problema era se, per taluni rapporti convenzionali delle pubbliche amministrazioni, la logica della funzione amministrativa e lo specifico regime funzionalizzante in cui essa si esprime dovessero trovare applicazione non solo nella fase di formazione del contratto ma anche in quella di esecuzione del medesimo. E, laddove questo si ammettesse, quale fosse esattamente il regime giuridico risultante dalla conseguente, inevitabile combinazione di principi e regole pubblicistiche sul potere amministrativo e principi e regole privatistiche sulle obbligazioni e sui contratti.

Come oggi appare forse più evidente, ma com'era già stato messo chiaramente in rilievo dalla dottrina del tempo¹⁶, rispetto al tema della definizione del regime degli accordi in questione e della loro puntuale qualificazione giuridica veniva infatti ad assumere un rilievo centrale il carattere funzionalizzante della disciplina del potere amministrativo: non solo nel senso che era stato proprio il passaggio da una concezione del potere imperniata sui suoi tratti di autoritarità ad una incentrata invece sull'idea di funzione¹⁷ a rendere possibile o comunque a facilitare sotto il profilo concettuale il superamento del dogma della non negoziabilità del potere¹⁸, ma anche perché era con le implicazioni complessivamente derivanti da quel carattere funzionalizzato – assai più che con i residui tratti

¹⁶ V., in particolare, G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 205 ss.

¹⁷ Per tale passaggio non si può non rinviare a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; e *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 123 ss.

¹⁸ V. ancora G. FALCON, *op. loc. ult. cit.*

di autoritarità – del potere amministrativo che occorreva confrontarsi in sede interpretativa per valutare se lo statuto pubblicistico del medesimo avrebbe dovuto penetrare anche nella disciplina della fase di attuazione degli accordi. Ed era anche a quel tratto funzionalizzato che ci si doveva poi riferire per ricercare e definire l'equilibrio tra tale statuto pubblicistico e i principi civilistici.

È comunque dall'analisi puntuale di taluni rilevanti tipi convenzionali – e, più precisamente, dalla individuazione della loro (spesso scarna ed incompleta ma comunque) significativa disciplina specifica, della loro funzione economico-sociale nonché della prassi amministrativa e della giurisprudenza formatasi riguardo ad essi – che Pericu trae la conclusione che gli stessi non possono essere spiegati giuridicamente ricorrendo solo alle categorie civilistiche e occorre invece ricondurli ad una figura (sempre contrattuale ma) pubblicistica¹⁹. E ciò in quanto la disciplina che li caratterizza non è solo derogatoria rispetto a quella del codice civile ma è anche, assai più profondamente, ispirata ad una logica in parte differente, che esprime insieme la scelta di garantire la serietà del vincolo convenzionale e quella di condizionare variamente la nascita e la persistenza di tale vincolo alle esigenze oggettive della funzione amministrativa.

È proprio riflettendo problematicamente sulle convenzioni urbanistiche, sulle concessioni di pubblico servizio e anche sugli accordi procedurali e sostitutivi di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, e collegando indici normativi e assetto degli interessi in gioco, secondo percorsi ricostruttivi che tenevano largamente conto degli orientamenti giurisprudenziali e di prassi²⁰, che quella conclusione appare la più logica e coerente.

¹⁹ Per tale conclusione v. *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, cit., 1680 ss. (per le convenzioni urbanistiche), 1710 (per gli accordi sostitutivi di provvedimento), 1725 s. (per le concessioni di servizi pubblici locali).

²⁰ È in effetti l'acutezza e l'obiettività dell'analisi condotta con riferimento alle singole figure convenzionali a colpire maggiormente il lettore: in essa la puntuale considerazione delle indicazioni normative si combina con la consapevole attenzione agli interessi sottesi ai rapporti convenzionali nei diversi ambiti di azione delle pubbliche amministrazioni, quali emergono dalla prassi e dalla giurisprudenza, e la dogmatica è usata solo a posteriori per ordinare e sistematizzare quelle indicazioni. Questo vale indistintamente per tutte le figure di accordo considerate in *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., 1696 ss.; tuttavia, per un esempio particolarmente chiaro del metodo ap-

Il ponte che già la dottrina immediatamente precedente all'emanazione della legge generale sul procedimento amministrativo aveva costruito per ricongiungere l'analisi teorica alla giurisprudenza e alla prassi e per rendere la prima nuovamente in grado di orientare sistematicamente le seconde, viene così fortemente consolidato.

E non può quindi sorprendere se, negli anni successivi, tanto la Corte Costituzionale, quanto la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato si sono poi decisamente indirizzati nello stesso senso: quello di ritenere che accordi collegati, ancorché indirettamente, ad un potere pubblico devono essere considerati espressione di una potestà discrezionale e, pertanto, pur essendo soggetti ai principi civilistici in tema di obbligazioni e di contratti in quanto compatibili, devono sottostare ad un regime giuridico che tiene conto anche delle regole proprie della funzione amministrativa²¹.

4. *La giurisprudenza oggi prevalente e il rilievo che nella disciplina degli accordi assumono i principi pubblicistici sulla funzione amministrativa.*

L'assetto che si è determinato per effetto della evoluzione sopra sinteticamente richiamata non è esente da imperfezioni, e le critiche che ad esso sono state mosse da una parte della dottrina appaiono parzialmente condivisibili²².

Tuttavia, l'incontro che si è finalmente realizzato tra riflessione dottrinale e interpretazione giudiziale e amministrativa ha prodotto un sistema di regole e di soluzioni applicative certamente più lineare e credibile di quello vigente nei fatti prima della svolta codificata con l'art. 11 della legge n. 241/1990. E se dalle pronunce giurisprudenziali emerge tal-

plicato da Pericu, si può rinviare al caso emblematico delle convenzioni di lottizzazione (alle p. 1670 ss.).

²¹ V. le sentenze sopra citate alla nota 1 e quelle richiamate nel prossimo paragrafo.

²² Per tali critiche v. ancora, tra gli altri, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit.; e M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, cit.

volta qualche sbavatura concettuale e anche qualche eccesso nella tutela delle ragioni dell'amministrazione come contraente, l'insieme della giurisprudenza di questi anni sembra in realtà confermare che essa è consapevole dell'assoluta necessità di garantire un equilibrio vero tra la logica della funzione amministrativa e quella del contratto, tra la tutela dell'interesse pubblico, con le sue mutevoli esigenze, e la tutela dell'interesse dei privati all'attuazione dell'assetto definito con l'accordo.

La permeabilità del rapporto giuridico derivante da quell'accordo ai principi propri della funzione e della discrezionalità amministrativa non può mai giungere sino a negare nei fatti la serietà e l'azionabilità del vincolo che l'amministrazione ha assunto stipulando il medesimo²³: altrimenti, la stessa ragione d'essere degli accordi pubblicistici dal punto di vista dell'amministrazione – quella di ottenere dai privati impegni e prestazioni che in base alla disciplina di legge non potrebbero essergli imposte²⁴ – verrebbe meno. Di questo la giurisprudenza è stata sempre e appare tuttora ben conscia²⁵.

Né sembra che, per assicurare tale equilibrio, sia necessario, come invece suggerisce parte della dottrina, dare un'interpretazione riduttiva della clausola generale di compatibilità che il legislatore, nell'art. 11, comma 2, della legge n. 241/1990, ha previsto per l'applicazione agli accordi dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti.

Ritenere che il vaglio di compatibilità debba essere operato solo in relazione a regole pubblicistiche esplicitamente poste dalla legge²⁶ e non

²³ Sul punto, sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in *Accordi pubblici, ad vocem*, cit., 24 ss.

²⁴ V. al riguardo le sempre pertinenti osservazioni di G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 210 ss.

²⁵ V., ad esempio, Cons. Stato, VI, 20 gennaio 2000, n. 264; più recentemente, Cons. Stato, II, 28 gennaio 2020, n. 705. Per la giurisprudenza dei primi decenni del 900, da cui già emerge chiaramente tale consapevolezza, v. l'ampia e approfondita ricostruzione di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit. 25 ss.

²⁶ V. in tal senso, tra gli altri, M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dagli accordi amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2010, 27 ss.; M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, cit., 685. Sull'interpretazione della clausola di compatibilità di cui al secondo comma dell'art. 11, v. anche, in termini generali, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, 143 s.

anche ai principi generali che costituiscono lo statuto giuridico del potere amministrativo non soltanto sembra in contrasto con la formulazione letterale della norma – che già reca l’inciso “*ove non diversamente previsto*”, di cui la clausola di compatibilità in tal modo interpretata verrebbe ad essere un’inutile duplicazione – ma trascura che essa deve essere letta alla luce della scelta fondamentale del legislatore di prevedere che gli accordi in questione sono stipulati dall’amministrazione nell’esercizio del potere discrezionale sulla base del quale è stato avviato il procedimento in cui i medesimi s’inseriscono²⁷.

Se, com’è stato sottolineato anche dalla Corte Costituzionale, la pubblica amministrazione diviene parte dell’accordo e del rapporto che ne discende nell’esplicazione di quel potere e non della sua capacità privatistica²⁸, appare del tutto conseguente che i medesimi siano disciplinati – insieme – da principi pubblicistici e da principi civilistici.

Né sembra in realtà che questa impostazione, che la giurisprudenza prevalente sembra seguire, sia pure – di regola – senza esplicite enunciazioni²⁹, l’abbia condotta nella generalità dei casi a limitare significativamente l’applicazione degli istituti civilistici e in particolare quella degli strumenti di tutela che gli stessi offrono al privato di fronte agli eventuali inadempimenti dell’amministrazione contraente.

Al contrario, è abituale in giurisprudenza l’affermazione che, a fronte della violazione da parte del contraente pubblico degli obblighi nascenti dall’accordo, il privato dispone di tutti i rimedi previsti dal codice civile, e tale affermazione non sembra rimanere meramente astratta, ma viene in non poche pronunce concretamente attuata a favore delle parti private³⁰.

²⁷ Così in effetti sembra inequivocabilmente prevedere l’art. 11, comma 1, legge n. 241/1990.

²⁸ V. ancora al riguardo Corte Cost., 15 giugno 2016, n. 179.

²⁹ V. peraltro, in termini molto chiari, TAR Piemonte, II, 10 giugno 2010, n. 2750.

³⁰ V. ad esempio Cons. Stato n. 2568/2010, in cui si afferma che “*la persistenza, pur nell’ambito di un rapporto convenzionale di lottizzazione, di un potere discrezionale dell’ente pubblico (...) non vale di per sé ad escludere (...) che atti amministrativi aventi rilievo nel procedimento di esecuzione degli accordi stessi e normalmente incidenti su interessi pretesivi dei privati possano (e debbano) essere assoggettati ad un sistema di tutela di quelle posizioni non solo mediante il tradizionale meccanismo impugnatorio e demolitorio proprio delle posizioni di interesse legittimo pretensivo, ma anche (allorché, come avviene appunto*

È vero, d'altra parte, che, intesa come implicito richiamo ai principi sulla funzione amministrativa, la clausola di compatibilità ha consentito o favorito anche l'ingresso nella disciplina del rapporto delle regole sull'autotutela amministrativa, aldilà dell'espressa previsione del recesso da parte del quarto comma dell'art. 11 della legge n. 241/1990.

Ma va sottolineato che mentre la giurisprudenza sembra, in questa prospettiva, ammettere senz'altro che l'amministrazione contraente possa esercitare rispetto all'accordo il suo potere di annullamento d'ufficio³¹ – il che del resto appare ragionevole e non sembra sbilanciare in modo eccessivo l'equilibrio tra le parti –, viceversa assai più dubbio è che essa riconosca al soggetto pubblico un potere di modifica unilaterale dell'accordo³² – un potere che, com'è bene sottolineare, sarebbe invece palese-

nella vicenda in esame, una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare) mediante applicazione diretta della disciplina dell'inadempimento del contratto (art. 1453 c.c.). L'art. 11 citato accresce, infatti, la pienezza della tutela avanti al giudice amministrativo, non solo estendendo la vocatio in ius, ma anche ammettendo il ricorso ai rimedii contrattuali, previsti dal codice civile, nel processo amministrativo. Invero, il rimedio contrattuale, di cui all'art. 1453 c.c., non appare incompatibile con la definizione delle convenzioni di lottizzazione in termini di accordo procedimentale e non di contratto. (...) A questo scopo, non può che valorizzarsi, per regolare la fattispecie, il rinvio ai principii ricavabili ed alle azioni previste nel codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Secondo tale ricostruzione della questione, in definitiva, il Giudice amministrativo adito deve considerarsi legittimato a decidere sulle domande avanzate dall'odierna appellante principale, volte a far accertare l'inadempimento del Comune ed a far dichiarare la risoluzione della convenzione ex art. 1453 c.c., in applicazione della disciplina civilistica, senza che possa considerarsi pregiudiziale a detta forma di tutela l'esperimento della classica azione di annullamento tipica della giurisdizione generale amministrativa di legittimità in relazione a quegli atti amministrativi, mediante i quali si sia realizzato (o, meglio, si assuma essersi realizzato) l'inadempimento delle prestazioni dedotte in contratto". V. anche, nello stesso senso, Cons. Stato, II, 28 gennaio 2020, n. 705, cit.; Cons. Stato, IV, 24 aprile 2012, n. 2433; TAR Lombardia, Milano, II, 8 gennaio 2019, n. 36.

D'altra parte, i principi e le norme del codice civile sono frequentemente richiamati dal giudice amministrativo, a tutela degli interessi delle parti private, anche quando è l'amministrazione a reagire nei confronti di un asserito inadempimento delle stesse: v. in tal senso Cons. Stato, II, 19 aprile 2022, n. 2953; Cons. Stato, IV, 30 maggio 2022, n. 4331.

³¹ V. ad esempio Cons. Stato, VI, 24 dicembre 2018, n. 7212; Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2231.

³² Esclude, ad esempio, in termini molto chiari, tale potere di modifica unilaterale TAR Toscana, II, 30 dicembre 2011, n. 2077. E nello stesso senso v. già, in passato,

mente incompatibile con la garanzia della serietà del vincolo nascente dall'accordo³³.

È, in conclusione, certamente opportuno che la dottrina vigili con attenzione sul fatto che nella concreta decisione delle controversie inerenti agli accordi il giudice amministrativo non riduca ingiustificatamente tale garanzia e tuteli quindi adeguatamente l'interesse privato ad una puntuale attuazione dell'assetto contrattuale. Ma a tale scopo non sembra necessario mettere radicalmente in discussione l'ambientazione pubblicistica degli accordi e l'applicazione agli stessi (anche) dei principi generali propri del potere amministrativo discrezionale.

Cons. Stato, V, 24 marzo 1987, n. 207, e TAR Lombardia, Milano, III, 4 gennaio 1986, n. 5. Almeno in parte più ambigua è invece TAR Lombardia, Milano, II, 29 novembre 2011, n. 6519, ove peraltro le modificazioni a cui la sentenza allude sembrano riguardare la pianificazione urbanistica collocata a monte della convenzione urbanistica di cui si trattava, mentre rispetto alla convenzione in sé considerata la potestà unilaterale che l'amministrazione contraente aveva esercitato – secondo la sentenza, legittimamente – era un potere di recesso e non di modifica del contenuto della stessa.

³³ Si rinvia al riguardo alle considerazioni formulate da chi scrive in *Accordi pubblici, ad vocem*, cit., 24.

IL PENSIERO DI GIUSEPPE PERICU SULL'AMBIENTE *

Maurizio Cafagno

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. Sulla nozione di ambiente. – 1. La voce del Digesto. – 2. L'ambiente come sistema. – III. Il gioco degli interessi. – 1. I riflessi della complessità nello specchio degli interessi: "Energia e ambiente. Emersione e composizione dei vari interessi concorrenti". – 2. I suggerimenti. – 3. L'esperienza di Genova.

I. INTRODUZIONE

Il tema dell'ambiente ha impegnato molte dimensioni della riflessione di Giuseppe Pericu.

All'ambiente sono anzitutto dedicati alcuni importanti saggi.

Ne ricordo alcuni, legati al filo rosso del titolo.

Tra i più risalenti, nel 1978, "Un modello istituzionale per i Parchi regionali"¹.

Il corposo volume che riunisce gli *Scritti scelti*² include due lavori, pubblicati nel 1987, che fanno da pilastro al seguito del commento, cioè

* La relazione è stata pubblicata in anteprima, con alcune piccole variazioni, sul n. 2/2023 della *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 293 ss.

¹ Frutto della relazione al Convegno nazionale sui parchi regionali tenutosi il 5 e 6 maggio 1978 a Genova, i cui atti sono stati pubblicati nell'apposto volume, curato da B. CILENTO, P. COMINI, A. PATRONE, su iniziativa congiunta della regione Liguria e di Italia Nostra.

² G. PERICU, *Scritti scelti*, raccolti a cura di E. BRUTI LIBERATI, M. BUCELLO, M. CAFAGNO, L. PISCITELLI, A. QUAGLIA, M. RAMAJOLI, Milano, 2009.

la voce “Ambiente”, ospitata dal Digesto³ e lo scritto “Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti”, frutto della rielaborazione della relazione al prestigioso Convegno tenutosi a Stresa nei giorni 7, 8 e 9 maggio 1987 sul tema “Impianti energetici ed ambiente Profili giuridici”⁴.

Risale al 1996 il lavoro su “I servizi tra area metropolitana e zone costiere: *standards* e criteri di rispetto per i valori ambientali coinvolti”⁵.

Del 2004 è l'intervento all'ottava conferenza nazionale delle agenzie ambientali⁶.

Non meno importanti, nel quadro delle riflessioni che intendo proporre, sono i lavori scientifici su istituti e temi contigui e trasversali, che nell'ambiente trovano importanti proiezioni; tra di essi, il contributo sui procedimenti di massa⁷, gli scritti sull'attività consensuale della pubblica amministrazione⁸, i lavori in materia di urbanistica e quelli relativi al ruolo dello stato in materia economica⁹.

Preziosi sono i lavori più recenti nei quali ha condensato la sua esperienza di amministratore: tra di essi l'illuminante “Esperienze di un amministratore giurista”, del 2006¹⁰, il volume “Genova nuova”, del

³ G. PERICU, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, riprodotta a 573 ss. dell'antologia.

⁴ I cui atti sono raccolti nel volume AA.VV., *Impianti energetici e ambiente*, Milano, 1988; la relazione di G. PERICU è altresì pubblicata in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, Anno IV, n. 3, luglio-settembre 1987, nonché in G. PERICU, *Scritti scelti*, cit., 545 ss.

⁵ Pubblicato con gli atti del Convegno tenutosi a Golfo Paradiso il 28-26 aprile 1996, nel volume a cura di A.M. FRANCO, Genova, 1997, 125 ss.

⁶ I relativi atti sono stati pubblicati nel 2005, a cura di APAT e ARPA Liguria.

⁷ In AA.VV., *Il procedimento fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, *Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988*, Milano, 1990, ripubblicato in G. PERICU, *Scritti scelti*, cit., 601 ss.

⁸ In part. G. PERICU, *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, in E. SAMEK LODOVICI, G.M. BERNAREGGI (a cura di), *Pubblico e privato: cooperazione ed organizzativa fra privati ed enti locali nelle aree urbane*, Milano, 1990, ripubblicato in G. PERICU, *Scritti scelti*, cit., 613 ss.

⁹ Non mi diffondo in citazioni, perché i temi sono oggetto di altre relazioni.

¹⁰ Anch'esso compreso nella raccolta degli *Scritti scelti*, cit., 927 ss.

2007¹¹, e il saggio “Riconversione e rinascita”, contenuto nell’opera collettanea dedicata alla città, curata da Gazzola e Terenzi e pubblicata lo scorso 2021¹².

Il tema dell’ambiente ha visto Pericu impegnato anche in veste istituzionale.

Come Parlamentare fu firmatario della proposta di legge costituzionale presentata alla Camera il 20 aprile 1994, n. 286, per l’integrazione dell’art. 9 della Costituzione con l’inserimento dell’impegno esplicito della Repubblica alla tutela dell’ambiente.

Fu poi secondo firmatario (proponente Spini) di una ipotesi di legge quadro sull’ambiente presentata alla Camera il 29 settembre 1994, n. 1357, animata dal fondamentale obiettivo di una razionalizzazione della caotica normativa¹³.

Dei temi ambientali si prese cura in veste di Sindaco di Genova, nel corso di due mandati durante i quali seppe tradurre le riflessioni teoriche in politiche e in progetti di concreta riqualificazione della città e dell’ambiente urbano, che ebbero grande importanza e successo.

Si occupò spesso di ambiente in veste di avvocato.

Ovviamente non dispongo del tempo per esaminare il vasto panorama in dettaglio e con organicità.

Fisserò invece l’attenzione su alcuni nodi, legati tra loro dal titolo del Convegno.

Dico subito che ho trovato il mio filo conduttore nello scritto sulle “Esperienze di un amministratore giurista”; riassumo per punti quelle che a me sono parse le idee centrali del lavoro, a proposito del rapporto tra categorie giuridiche e gioco degli interessi:

a) le categorie giuridiche non bastano a catturare la ricchezza della

¹¹ G. PERICU, A. LEISS, *Genova nuova. La città e il mutamento*, Roma, 2007.

¹² A. GAZZOLA, A. TERENCE (a cura di), *Genova. Resilienza e sviluppo*, Catanzaro, 2021.

¹³ Come puntualizza la relazione di accompagnamento, la proposta raccoglieva i lavori di una commissione presieduta dal consigliere Giampietro e composta dai professori S. Amorosino, G. Caia, B. Caravita, P. Dell’Anno, S. Grassi, G. Morbidelli e dall’avvocato dello Stato O. Fiumara.

realtà dell'amministrazione e dei suoi compiti; è bene che l'operatore del diritto coltivi un atteggiamento di apertura agli altri saperi¹⁴;

b) esiste il pericolo che, al cospetto della complessità, un certo modo di intendere il rapporto tra legge ed amministrazione – alla base del tradizionale modello ad atto – si faccia letto di Procuste per il gioco degli interessi;

c) il rischio può essere mitigato sfruttando la flessibilità dello strumento convenzionale;

d) il rischio può essere mitigato con una visione lungimirante della partecipazione, che si esprima non soltanto all'interno del procedimento, ma anche attraverso l'intraprendente ricerca di un dialogo aperto e permanente con la società civile, se del caso lungo itinerari non predefiniti dalle norme;

¹⁴ Riprendo testualmente da *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 928: “se passiamo a considerare la formazione scientifica dello studioso ovvero quella dell'operatore giuridico in diritto amministrativo, per verificare se tale formazione consente di percepire la realtà di un'amministrazione pubblica, non possiamo non constatare come tale formazione sia sicuramente inadatta di per sé stessa a percepire e descrivere completamente una realtà caratterizzata da un insieme di esigenze, istanze e progetti assai differenziati tra loro. Una lettura strettamente giuridica del fenomeno della pubblica amministrazione, con la contestuale sottovalutazione degli ulteriori profili relegati a una mera descrizione priva di sistematicità, non è utile per il pubblico amministratore. Chi svolge questo ruolo riconduce necessariamente a unità il fenomeno dell'amministrare, un'attività che di volta in volta si risolve nella produzione di atti giuridici, nell'assunzione di decisioni i cui contenuti sono propri delle organizzazioni aziendali, nell'interpretazione politica della realtà sociale e la conseguente individuazione di percorsi cui indirizzare la comunità con (...) apprestamento di processi partecipativi, volti sia alla migliore conoscenza del contesto sociale sia alla acquisizione del consenso per la concreta attuazione delle scelte effettuate. A ben guardare nell'amministrare vengono in tutta evidenza come oggetto dell'operare le singole persone nella quotidianità e a volte drammaticità dell'esistenza, considerate nella loro individualità e nella plurima articolazione in cui si aggregano. Le categorie giuridiche non possono (...) costituire una lettura totalizzante ed esclusiva di una simile complessa realtà; possono come è ovvio costituire un'importante componente per l'analisi delle pubbliche amministrazioni e un sicuro ausilio per il concreto operare come politico ovvero come amministratore. Gli ulteriori profili, che non possono (per definizione) essere percepiti con l'analisi giuridica, hanno naturalmente pari dignità e debbono essere oggetto dell'indagine scientifica di altre discipline”.

e) occorre coniugare la cultura dell'ascolto con una cultura della responsabilità, così che l'amministratore pubblico, dopo aver appreso, sappia decidere in coscienza, in vista del bene comune.

Vorrei mostrare che queste cinque idee – riassuntive del modo di concepire il rapporto tra categorie concettuali e gioco degli interessi – sono particolarmente marcate nella riflessione di Pericu sull'ambiente.

Per chiarire, mi sembra utile partire dalla voce enciclopedica.

II. SULLA NOZIONE DI AMBIENTE

1. *La voce del Digesto.*

Il lavoro vede la luce in prossimità di un momento di svolta, alle soglie di una nuova stagione del diritto ambientale: è stata pubblicata nel 1987 ma è stata consegnata alle stampe prima, quando ancora la proposta di legge istitutiva del ministero dell'ecologia era in gestazione parlamentare¹⁵.

Sull'orlo di quella importante transizione lo scritto, come un giano bifronte, con una faccia guarda indietro mentre con l'altra guarda al possibile futuro.

Quanto al passato, la ricognizione dello stato dell'arte deve prendere atto di alcuni perduranti tratti originari della normativa: approccio prevalentemente per 'settori' (inquinamento atmosferico, idrico, rifiuti, etc.), impostazione 'autoritativa' e 'rimediale', assenza di un centro organizzativo unitario¹⁶.

¹⁵ Tanto che l'ultimo paragrafo dello scritto si interroga, in chiave costruttiva, sulle possibili implicazioni della convalida del disegno.

¹⁶ Nemmeno la distribuzione delle competenze tra Stato e autonomie territoriali seguiva criteri omogenei, considerato che le competenze 'ambientali' erano sparse in tre dei quattro 'settori organici' individuati dal d.P.R. n. 616/1977; sul quadro della normativa del tempo basti per tutti un rimando all'ottimo lavoro di F. FONDERICO, *L'Evoluzione della Legislazione ambientale*, relazione al Convegno della Fondazione Einaudi *La tutela ambientale venti anni dopo l'istituzione del Ministero dell'ambiente*, Palazzo Giustiniani, 12 febbraio 2007, disponibile sulla rete interconnessa.

Su queste basi, il bilancio di Pericu non può che condurre alla conferma, in chiave retrospettiva, delle constatazioni che quindici anni prima furono di Giannini¹⁷, il quale nel frattempo non aveva minimamente cambiato idea. Basti considerare che nel Convegno su ambiente e energia del 1987 – cui partecipò anche Pericu con la relazione di cui ci occuperemo tra un attimo – Giannini apriva il suo intervento con queste parole: “sto cercando da anni i nomi di quegli sciagurati che hanno introdotto nel nostro linguaggio istituzionale il termine “ambiente”. Credo che siano stati degli urbanisti non italiani, perché solo loro possono fare simili invenzioni: si consideri che tutte le volte in cui ci si imbatte in questo vocabolo, le idee si confondono e si confondono al punto che non si è in grado di capire esattamente di che cosa si tratta”¹⁸.

Tra le pieghe dell’analisi critica di Pericu si nasconde però il punto di leva della riflessione costruttiva che si svilupperà nei decenni a seguire.

Riassumo in poche battute.

La voce enciclopedica rivolge alla legislazione del tempo il rimprovero di considerare “pur sempre singolarmente alcuni beni ambientali” e, così facendo, di “*non affrontare (...) il problema delle interrelazioni che sussistono tra i singoli beni ambientali*”¹⁹.

¹⁷ M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.; è noto che il saggio arrivò alla conclusione, alla stregua della disciplina allora vigente, che l’ordinamento giuridico non conoscesse una nozione unitaria di ambiente, bensì tre nozioni distinte, rispettivamente costruite attorno alle norme sulle bellezze naturali e paesistiche, alle norme sulla difesa dagli inquinamenti e, infine, alle norme sull’urbanistica; l’impostazione trovò qualche stemperamento, senza tuttavia essere disattesa, in A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, 503 ss. che, rielaborando l’aggregazione dei dati legislativi attorno ai riferimenti costituzionali rispettivamente offerti dagli articoli 9 e 32, prospettò una bipartizione tra nozione di ambiente che informa la disciplina protettiva del paesaggio (estensivamente concepito come “forma del territorio”) e nozione di ambiente desumibile dalle norme sulla difesa dell’aria, dell’acqua e del suolo, improntate ad obiettivi ultimi di tutela della salute. Per la successiva evoluzione al concetto unitario di ambiente si vedano, per tutti, G. COCCO, *Il diritto costituzionale dell’ambiente*, in S. NESPOR, L. RAMACCI (a cura di), *Codice dell’ambiente*, Milano, 2022, 152 ss.; F. FONDERICO, voce *Ambiente (tutela dell’) – Diritto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XVI, Roma, 2008, 8 ss.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Riflessioni su energia e ambiente*, in AA.VV., *Impianti energetici e ambiente*, cit., 79 ss.

¹⁹ G. PERICU, *Ambiente (tutela dell’) nel diritto amministrativo*, cit., 582.

Analoga critica rivolge alla riflessione teorica del momento, esprimendo perplessità sul pensiero dottrinale che, pur animato dal nobile intento di elevare il livello di tutela, approda a classificazioni che, nella loro evasività, trascurano il dato di realtà, sicché a sua volta “*non risolve il problema delle interconnessioni tra i singoli beni* per una visione unitaria dell’ambiente”²⁰.

Nella parte propositiva del ragionamento Pericu si dice persuaso che conclusioni e analisi potrebbero imboccare una direzione nuova se fosse approvato “il disegno di legge in discussione al Parlamento concernente l’istituzione del Ministero dell’Ecologia” (che poi diverrà la legge 8 luglio 1986, n. 349), vuoi per il fatto in sé stesso della “canonizzazione di un interesse pubblico alla tutela dell’ambiente, con attribuzione a un apposito apparato ministeriale”, vuoi anche e soprattutto perché il disegno contemplava istituti trasversali e di raccordo – spiccavano la valutazione di impatto, le informazioni ambientali, la responsabilità per danno all’ambiente – che, a differenza delle norme di settore sino a quel momento predominanti, effettivamente sembravano postulare e riflettere una concezione autonoma e unitaria dell’oggetto disciplinato²¹.

Quando mi capitò di scrivere in materia di ambiente, per il volume del sistema di diritto amministrativo, nella cui redazione fui coinvolto da Giuseppe Morbidelli²², la voce del *Digesto* di Pericu fu per me illuminante, per almeno tre ragioni.

Primo: il lavoro trasmette l’idea che il tentativo di chiarire la nozione di ambiente non possa accontentarsi di astratte categorizzazioni, ma debba confrontarsi con la contestuale esigenza di descrivere l’oggetto bisognoso di qualificazione, cogliendone proprietà caratterizzanti; l’invito mi è parso tanto più convincente considerando le implicazioni di regime associate alla classificazione di un bene o di un interesse come ambientale²³.

Secondo: è uno scritto che mostra che la settorialità della legislazione e

²⁰ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 584.

²¹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 584-584.

²² M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

²³ Per tutti, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, tomo II, Milano, 1996, 1121 ss.

l'evasività delle formule dottrinali portano, per strade opposte, al medesimo difetto: entrambe trascurano la specificità dell'oggetto dell'analisi, la radice problematica interessante e distintiva del fenomeno ambientale: le interdipendenze.

Infine, suggerisce di operare "a livello di una ricostruzione del significato del termine ambiente" fissando lo sguardo sulle norme trasversali e di raccordo.

Tanto l'indicazione di metodo (parametrare l'indagine ai segmenti della disciplina che parrebbero postulare l'unitarietà) quanto l'indicazione di merito (tenere in debito conto l'elemento di specificità delle interconnessioni) sono abbastanza lungimiranti da risultare tutt'oggi valide e pertinenti, considerato che, come vedremo tra un attimo, identificano i nodi attorno ai quali legislazione e giurisprudenza sono poi andate effettivamente articolandosi

2. *L'ambiente come sistema.*

A riprova, si consideri ad esempio che l'odierna disciplina di VIA e VAS vuole che gli impatti siano misurati non soltanto sulle singole risorse, ma anche sulla loro "interazione"²⁴.

Analogo esplicito riferimento alle interazioni definisce l'oggetto delle informazioni ambientali²⁵.

La centralità delle interdipendenze è ancor più evidente nell'attuale di-

²⁴ Più precisamente, ai sensi dell'art. 5, comma 1 dell'attuale codice ambientale, sono "impatti ambientali" gli "effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, di un programma o di un progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità, con particolare attenzione alle specie e agli habitat protetti (...); territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; *interazione tra i fattori sopra elencati*" (corsivo aggiunto).

²⁵ Nella disciplina relativa l'art. 2, comma 1 del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 195 stabilisce che "ai fini del presente decreto s'intende per: a) 'informazione ambientale': qualsiasi informazione disponibile (...) concernente: lo stato degli elementi dell'ambiente, quali l'aria, l'atmosfera, l'acqua, il suolo, il territorio, i siti naturali, compresi gli igrotopi, le zone costiere e marine, la diversità biologica ed i suoi elementi costitutivi, compresi gli organismi geneticamente modificati, e, inoltre, *le interazioni tra questi elementi*" (corsivo aggiunto).

sciplina della responsabilità, che articola il danno in due categorie tipologiche: il danno arrecato alle risorse naturali e il danno arrecato ai servizi naturali²⁶.

La letteratura ecologica impiega il termine “servizi naturali” per indicare una multiforme gamma di prestazioni che emergono precisamente dalle interconnessioni tra le risorse, cioè dai sistemi e dai subsistemi che esse concorrono a formare, interagendo.

La normativa sul danno delinea l'immagine di un ambiente che non si risolve in semplice contenitore, ma provvede, mediante una complessa rete di processi, alla loro continua rigenerazione e, più in generale, al mantenimento dell'intervallo relativamente ristretto di condizioni fisiche entro cui gli esseri umani e la maggior parte degli organismi conosciuti possono vivere.

L'esplicito riferimento normativo ai ‘servizi’ immette nella nozione giuridica di ambiente un elemento funzionale che esalta proprio il rilievo delle interdipendenze, segnando finalmente il passaggio dalla visione di un insieme alla visione di un sistema²⁷.

²⁶ Il vigente art. 300 del codice riprende l'art. 2 della direttiva 2004/35/CE del 21 aprile 2004, ai sensi del quale si intende per danno all'ambiente “un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente”.

Sebbene la direttiva non allarghi il proprio ambito operativo a tutte le risorse – per la dichiarata volontà di non interferire con norme già esistenti – l'impostazione concettuale delinea categorie tipologiche costitutive del danno e, come il negativo di una fotografia, dell'ambiente. Una rassegna completa di ciò che l'ordinamento europeo intenda per risorsa naturale è offerta, tra i molti documenti, dalla Comunicazione della Commissione Europea intitolata “Verso una strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali”, CPM(2003) 572 def., che enumera: a) le materie prime (come i minerali, tra cui vettori di energia fossile e minerali metallici), b) gli organismi animali e vegetali, c) i “comparti ambientali”, come aria, acqua e suolo”, cioè i media fisici entro i quali si svolge la vita, d) le “risorse di flusso, come l'energia eolica o solare”, e) lo “spazio fisico”, indispensabile “per produrre o mantenere le risorse sopra menzionate”. Come evidenzia l'aggettivo “naturali” che qualifica il sostantivo “risorse”, si tratta di una dotazione di beni che la natura mette a disposizione degli esseri umani. Non sono prodotto dell'azione antropica, ma suo gratuito supporto.

²⁷ Non mi dilungo e rimando per brevità ad M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso*, cit., *passim*; A. FARÌ, *Beni e funzioni ambientali, Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013, *passim*.

Ciò che distingue un sistema da un insieme è precisamente il riconoscimento della rilevanza dei rapporti.

Si tratta del percorso concettuale che sarà poi battuto dalla Corte Costituzionale nell'affrancare la nozione giuridica di ambiente dallo schema vago ed elusivo del "bene immateriale unitario" a partire dalla sentenza 14 novembre 2007, n. 378.

La pronuncia ha chiarito che "oggetto di tutela, come si evince anche dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, è la biosfera, che viene presa in considerazione, non solo per le sue varie componenti, ma anche per le interazioni fra queste ultime, i loro equilibri, la loro qualità, la circolazione dei loro elementi, e così via. Occorre, in altri termini, guardare all'ambiente come 'sistema', considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto".

L'ordine di idee trova conclusiva convalida nella recente integrazione dell'art. 9 della Costituzione, ove si prevede che la Repubblica "tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni"²⁸.

Posare lo sguardo sulle interdipendenze induce a vedere le risorse naturali ad un tempo come stock – cui è inevitabile attingere, data la supremazia della seconda legge della termodinamica – e come componenti sistemiche, responsabili della perpetuazione di servizi vitali.

Emerge la duplicità di prospettive cui accenna la sentenza della Corte Costituzionale n. 105/2008, nella parte in cui, occupandosi di boschi e foreste, ha loro riconosciuto come "caratteristica propria (...) quella di esprimere una multifunzionalità ambientale" e al contempo "una funzione economico produttiva". In altre parole, secondo la pronuncia "sullo stesso bene della vita, boschi e foreste, insistono due beni giuridici: un bene giuridico ambientale in riferimento alla multifunzionalità ambientale del bosco, ed un bene giuridico patrimoniale, in riferimento alla funzione economico produttiva del bosco stesso".

La biosfera e le sue partizioni, se osservati come sistemi, dalla cui interconnessione emergono prestazioni vitali, assumono la fisionomia di unità funzionali.

²⁸ AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, Atti del Convegno AIDAMBIENTE 28 gennaio 2022, Napoli, 2022.

Sebbene alcune singole componenti possano andare soggette ad usi antagonisti e differenziati, i servizi che esse producono, interagendo, sono a fruizione condivisa.

Fissare l'attenzione sulle interconnessioni, secondo il persuasivo suggerimento di Pericu, consente di prendere atto che gli oggetti che rilevano per la disciplina ambientale presentano – talora singolarmente, sempre come elementi sistemici – profili di indivisibilità.

La combinazione delle due caratteristiche (che gli economisti etichettano con non escludibilità e rivalità nel consumo) – fulcro dello storico lavoro di Hardin sulla cosiddetta “*tragedia dei commons*”²⁹ – innescava l'impulso a strategie opportunistiche che, quantunque razionali secondo un calcolo individuale, valgono nel loro insieme a causare risultati deleteri, della cui prevenzione l'ordinamento tenta di farsi carico col diritto ambientale.

Giungiamo in sintesi all'idea che il concetto giuridico di ambiente identifichi il particolare sottoinsieme dei *commons* che l'ordinamento vuole siano trasmessi alle generazioni future – secondo il dettato del vigente art. 9 Cost. – riconoscendo loro un valore di esistenza e un valore di lascito, oltre al valore d'uso³⁰.

Ripercorrendo in breve le tappe di questo primo segmento del discorso, le interconnessioni, sulle quali indulge l'esame riflessivo di Pericu, portano ad una visione sistemica dell'ambiente; la visione sistemica consente di intravedere nel temibile accostamento tra profili di indivisibilità e profili di rivalità nel consumo una cifra distintiva degli oggetti che rilevano come ambiente, in diritto; lo schema dei cosiddetti *commons* rimanda al problema della distorsione degli incentivi. Di qui alla grammatica degli interessi il passo è breve.

²⁹ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, *Science, New Series*, vol. 162, n. 3859, 1968, 1243 ss.; scontato il rimando, per approfondimenti e valutazioni, a E. OSTROM, *Governare i beni collettivi* (trad. it), Venezia, 2006, *passim*; si vedano anche, tra i moltissimi scritti menzionabili, i saggi dell'A. tradotti in J. AKWOOD (a cura di), *Beni comuni. Diversità, sostenibilità, governance*, Firenze, 2019.

³⁰ Per sviluppi e riferimenti bibliografici si permetta anche qui sveltire con un rimando ad M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 136, nonché 146 ss.

III. IL GIOCO DEGLI INTERESSI

1. *I riflessi della complessità nello specchio degli interessi: “Energia e ambiente. Emersione e composizione dei vari interessi concorrenti”.*

L’approccio teorico di Pericu alle questioni giuridiche è molto lontano dalle infeconde astrazioni della giurisprudenza dei concetti; muove dalle cose e torna alle cose.

Pericu opina che il concetto di interesse sia “portante nell’analisi dei fenomeni giuridici”³¹.

Nello scritto del 1978, dedicato agli enti parco regionali, esprime ed illustra il convincimento che la costruzione, la razionalizzazione ed eventualmente la critica delle categorie giuridiche, relative all’organizzazione o all’azione pubblica, debbano essere condotte precisamente ponderando la capacità degli istituti di far emergere e all’occorrenza di conciliare gli interessi incisi dall’amministrazione e i relativi portatori, nel perseguimento delle finalità assegnate dall’ordinamento.

L’intreccio degli interessi rispecchia però la complessità della realtà disciplinata³².

Man mano che la complessità cresce, si accentua la difficoltà a governare, con gli strumenti classici del diritto amministrativo, la tendenza del sistema sociale a sviluppare dinamiche proprie, in potenziale contrasto con quelle del sistema ambientale³³.

La complessità è uno scoglio sul quale promette di infrangersi il tipo di razionalità lineare che ispira il rapporto tra legge e amministrazione nel consueto modello di azione a provvedimento³⁴.

³¹ Così G. PERICU, *Energia e ambiente*, cit., 546.

³² Per una riflessione generale sull’emersione e l’evoluzione dell’interesse ambientale nella sfera giuridica, G. ROSSI, *Ambiente e diritto*, in AA.VV., *Diritto dell’ambiente*, Torino, 2021, 3 ss.

³³ Per tutti, K. LEE, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, in *Ecological Applications*, 1993, 560 ss.

³⁴ Che G. PERICU, *Verso nuovi modelli nel rapporto pubblico privato*, cit., 614, schematizza nei seguenti passaggi: a) assunzione di una scelta, entro un quadro legislativa-

Il tema è sviluppato con taglio generale nel lavoro sulle “Esperienze di un amministratore giurista” e, con specifico riferimento alla materia, in “Energia e ambiente, emersione e composizione degli interessi concorrenti”.

Quest'ultimo contributo, assumendo ad esempio emblematico la normativa allora vigente in tema di localizzazione, realizzazione ed esercizio degli impianti di produzione elettrica³⁵, mostra che il parametro degli interessi, all'incrocio tra energia e ambiente, diviene bussola assai problematica, per cause strutturali e per cause contingenti.

Molto in breve, Pericu ritrova nella disciplina di allora le seguenti criticità: a) predomina un approccio settoriale che isola e frammenta gli interessi; b) le istanze di cui è portatrice la pubblica amministrazione si fanno disperate e conflittuali al loro interno; c) si pone l'esigenza di comporre interessi molto specifici (ad esempio quello ministeriale allo sviluppo produttivo) con interessi all'opposto identificati dal legislatore troppo evasivamente (ad esempio come comunali o regionali, senza contare che gli enti territoriali sono portatori di una varietà eterogenea di posizioni, non di rado percorse da contraddizioni); d) a complicare il quadro si aggiungono interessi che sono scarsamente determinabili a priori (tra i molti enumerabili, esemplifica Pericu, l'interesse al corretto assetto urbanistico); e) spicca l'inadeguata considerazione degli interessi privati, vuoi a causa della debolezza dei meccanismi partecipativi a tutela di soggetti esposti agli effetti potenzialmente dannosi degli interventi, vuoi per un deficit di trasparenza in merito alle posizioni delle industrie viceversa avvantaggiate dalla realizzazione degli interventi, a dispetto della loro presumibile influenza³⁶.

Conseguenza inevitabile della settorializzazione delle norme e della frammentazione degli interessi è la moltiplicazione di apparati e procedimenti.

Senonché procedimenti slegati promettono di ostacolarsi reciproca-

mente predeterminato; b) in funzione del raggiungimento di una finalità di pubblico interesse; c) suscettibile di verifica postuma; si torni altresì a G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 927 ss.

³⁵ Analiticamente dettagliata da P. DELL'ANNO, *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento*, nella relazione al medesimo Convegno di Stresa del 1987, in AA.VV., *Impianti energetici ed ambiente*, cit., 45 ss.

³⁶ G. PERICU, *Energia e ambiente*, cit., 554 ss.

mente, anche per la distribuzione asimmetrica dei costi e dei benefici delle decisioni possibili.

È noto che lungo il crinale che divide il problema dei ‘commons’ da quello speculare degli ‘anticomuni’, errori o squilibri nel dosare libertà di accesso ed antagonistici poteri di esclusione, ad esempio privatizzando o regolamentando, possono indurre le istituzioni a sfuggire ad una trappola solo per cadere nell’altra³⁷.

Pericu isola chiaramente questo problema, notando che in assenza del necessario coordinamento “ogni procedimento (...) si pone come ostativo per la realizzazione dell’iniziativa; in buona sostanza, a ciascuna autorità titolare di poteri amministrativi è attribuito un vero e proprio diritto di veto”, tanto più deleterio se “le stesse autorità possono essere più volte chiamate ad esprimersi nei vari singoli procedimenti” e se i vari procedimenti si sviluppano in sequenza³⁸.

Completata l’analisi delle criticità il ragionamento prosegue in direzione costruttiva.

2. I suggerimenti.

a) *Rimuovere la complessità superflua nel sistema da controllare.*

La letteratura dedicata alla gestione della complessità segnala che, in linea di massima, le soluzioni ai problemi vanno ricercate manovrando due leve speculari: da una parte si tratta di ridurre le complessità del sistema da controllare, rimuovendo, per quanto possibile, confusioni superflue; d’altra parte si pone la necessità di gestire la complessità che rimane, potenziando e aumentando la varietà del sistema di controllo³⁹.

³⁷ Per tutti, J.M. BUCHANAN, Y.J. YOON, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, in *The Journal of Law & Economics*, 2000, 1 ss.; E. BAFFI, F. PARISI, *Anticommons, tragedia degli*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012, disponibile in rete.

³⁸ G. PERICU, *Energia e ambiente*, cit., 557 ss.

³⁹ Per tutti, M. BOISOT, B. MCKELVEY, *Revisiting Ashby’s Law of Requisite Variety*, in P. ALLEN, S. MGUIRE, B. MCKELVEY (a cura di), *The Sage Handbook of Complexity and Management*, London, 2011, 279 ss.; A. GANDOLFI, *Vincere la sfida della complessità*, Milano, 2008, *passim*.

La parte costruttiva dell'analisi di Pericu si sviluppa lungo ambo le direttrici. Iniziamo dunque dalla prima.

a1) *Rivedere le architetture procedurali.*

In una logica di razionalizzazione procedurale, "Energia e ambiente" consiglia di "superare la valutazione settoriale di ciascun interesse con una considerazione unitaria ("circolare") di tutti gli aspetti che attengono ai singoli fatti che possono incidere e sull'energia e sull'ambiente"⁴⁰.

L'articolo suggerisce quindi una revisione delle geometrie dei procedimenti, attraverso la costruzione di percorsi istruttori e valutativi contestuali.

Entro queste coordinate, Pericu evidenzia ed elogia gli aspetti promettenti della pur embrionale disciplina della VIA contenuta nella legge istitutiva del Ministero, all'epoca appena approvata: l'efficacia sostitutiva delle stime rimesse alle singole amministrazioni, il carattere sistemico del giudizio d'impatto, l'adozione di regole di trasparenza e di ampia partecipazione⁴¹.

L'invito a contestualizzare sembra oggi scontato, alla luce dei progressi compiuti dall'ordinamento nella direzione prefigurata, ad esempio con l'elaborazione dell'istituto della VIA, della VAS, dell'autorizzazione ambientale integrata, delle autorizzazioni uniche, della conferenza di servizi; persino in questi giorni sono in discussione espedienti procedurali per favorire lo sveltimento necessario all'attuazione del PNRR⁴².

Senonché bisogna riconoscere che Pericu vedeva i nodi e proponeva le soluzioni addirittura prima che fosse approvata la legge generale sul procedimento amministrativo.

Soprattutto, va rimarcato che il suo pensiero costruttivo si spingeva ben oltre la dimensione tecnocratica cui parrebbero appartenere molte odierne operazioni di ingegnerizzazione procedimentale.

Il focus delle proposte contenute in "Energia ed ambiente" si appunta sul problema sostanziale della composizione degli interessi.

⁴⁰ G. PERICU, *Energia e ambiente*, cit., 568.

⁴¹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 568-569.

⁴² S. PAPARO, F. BASSANINI, *Per accelerare la transizione energetica: proposte urgenti di ulteriore semplificazione delle procedure amministrative*, Astrid, paper 89, gennaio 2023.

Questo focus continua ad essere cruciale.

I fatti mostrano che la giustapposizione dei soggetti e degli interessi, in una sede sia pure unificata, benché utile o necessaria non assicura di per sé stessa la soluzione del conflitto, soprattutto in un contesto in cui vantaggi e svantaggi delle decisioni non si propagano con proporzione⁴³.

Come attestano i perduranti ritardi da record, se il conflitto non è sedato i pur sofisticati procedimenti si paralizzano comunque.

La conferenza di servizi peraltro non risolve in radice il problema della frammentazione delle competenze e perciò restano numerose le amministrazioni pubbliche che vi si affollano.

Soluzioni di forza e sveltimenti per superare le impasse rischiano di risolversi in incoerente amputazione del processo valutativo, in contraddizione con le sue stesse premesse.

La perdurante entità del contenzioso mostra che riuscire ad imporre una soluzione conclusiva, se del caso forzando, è spesso un risultato effimero.

Il conflitto semplicemente si trasferisce nelle aule di giudizio, magari esacerbato dal ricorso strategico allo strumento processuale, oppure si riversa in non meno paralizzanti movimenti di protesta della società civile.

Dati esemplificativi dell'estrema attualità del punto non mancano⁴⁴.

Nell'ottica di democrazia partecipativa di cui si preoccupava Pericu il procedimento non dovrebbe ridursi a tecnica di esercizio del potere; il suggerimento – tutt'oggi parzialmente inascoltato, perché la riflessione sul dato funzionale resta carente – è invece quello di far emergere gli interessi per superare i conflitti, dissolvendo quelli accidentali e governando quelli strutturali, inevitabili, facendo lo sforzo di comprendere come agire sulla sottostante struttura degli incentivi e dei disincentivi.

Lungo questa direttrice si sviluppa il seguito del ragionamento propositivo.

⁴³ In tema, L. SALTARI (a cura di), *Il costo burocratico per l'energia*, Napoli, 2022, *passim*.

⁴⁴ Tra i materiali recenti, a titolo indicativo di un problema assai ampio, il *dossier* di Legambiente, *Scacco matto alle fonti rinnovabili*, 2021, disponibile *online*; S. PAPARO, F. BASSANINI, *Per accelerare la transizione energetica*, cit., *passim*; AA.VV., *Il costo burocratico per l'energia*, cit., *passim*.

a2) *Comporre il conflitto all'insegna della primazia dell'ambiente.*

Nello scritto su “Energia e ambiente” Pericu prende atto del privilegio tacitamente accordato alle finalità produttive dalla disciplina allora vigente in tema di localizzazione, costruzione ed esercizio di centrali.

Perciò caldeggia, in primo luogo, una meno ambigua definizione legislativa dell'assetto degli interessi, all'insegna di un criterio di reale primazia dell'ambiente.

Se anche questo punto, col senno di poi, sembrasse scontato, ci si ingannerebbe non soltanto e non soprattutto per la sottovalutazione della lungimiranza necessaria a metterlo sul tavolo con decenni di anticipo, ma anche perché zone d'ombra sull'ordine degli interessi sono tuttora presenti in vari ambiti della legislazione, in materia energetica come in altri settori rilevanti per l'ambiente.

Ad esempio, è diffusa la convinzione che tra le principali cause del corrente blocco patologico degli investimenti e delle procedure autorizzatorie in materia di energie rinnovabili campeggi l'evasività con cui l'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003⁴⁵ tratta il problema del contemperamento tra interesse culturale e interesse ambientale, irradiando la confusione ai rapporti tra soprintendenze ed autorità ambientali⁴⁶.

Nell'intervento all'Ottava Conferenza Nazionale delle Agenzie Ambientali, nel 2004, Pericu esprimeva il convincimento che il “cammino che mira alla protezione dei beni ambientali (...) deve muovere da una presa di coscienza che l'ambiente è innanzitutto un criterio di valutazione dei comportamenti e delle decisioni che di volta in volta vengono ad essere assunti dai diversi operatori pubblici e privati. Per cui la componente

⁴⁵ La disposizione si limita a prevedere che l'autorizzazione è rilasciata “nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico”.

⁴⁶ In tema, S. AMOROSINO, *La “dialettica” tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 261 ss.; B. TONOLETTI, *Le procedure autorizzative per le fonti rinnovabili di energia e il rapporto tra obiettivi di decarbonizzazione e tutela di altri interessi pubblici*, relazione al Convegno AIDEN 10 febbraio 2022 intitolato “L'attuazione dell'*European Green Deal*. I mercati dell'energia e delle imprese”; si legga anche, per un quadro ampio, F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 889 ss.

ambientale diventa (...) l'elemento portante della decisione stessa e non invece" un vincolo esterno⁴⁷.

Il tema del posizionamento dell'interesse ambientale nella scala degli interessi costituzionalmente protetti, alla luce del principio di integrazione, polarizza l'attualissimo dibattito sulla portata e sulle implicazioni della recente riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione⁴⁸.

L'argomento è troppo vasto per essere ora affrontato *funditus*. Mi limito a segnalare che la sentenza della sesta sezione del Consiglio di Stato del 23 settembre 2022 n. 8167 ha da ultimo affermato che il principio di integrazione "si impone (...) nei rapporti tra ambiente e attività produttive" e qui "la recente legge di riforma costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, nell'accostare dialetticamente la tutela dell'ambiente con il valore dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), segna il superamento del bilanciamento tra valori contrapposti all'insegna di una nuova assiologia compositiva"⁴⁹.

⁴⁷ Analoghe considerazioni in G. PERICU, *I servizi tra area metropolitana e zone costiere: standards e criteri di rispetto per i valori ambientali coinvolti*, cit., 127: "nell'orientamento della Corte Costituzionale (...) il concetto di sviluppo sostenibile (...) è composto da tre elementi: l'ecosistema, l'efficienza economica, l'equità sociale (...). Questi tre elementi non sono sullo stesso piano, essendocene uno che ha un valore prioritario, che è appunto il valore dell'ecosistema. Per cui lo sviluppo è sostenibile, in quanto in realtà deve coniugarsi innanzitutto col rispetto dell'ecosistema". In questa visione unitaria la tutela dell'ambiente "si pone, non tanto come vincolo esterno all'operare umano, ma quanto come elemento interno di considerazione di ogni attività".

⁴⁸ Tra i molti, A. MORRONE, *L'ambiente nella costituzione. Premesse di un nuovo contratto sociale*, in AA.VV., *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente*, cit., 91 ss.; ivi anche M. CECCHETTI, *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente nella memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, 9 ss.; F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale 1/2022: suggestioni alla prima lettura*, 49 ss., disponibile sulla rete interconnessa; F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio "in negativo"*, 123 ss., disponibile in rete; M. MONTEDURO, *Riflessioni sulla 'primazia ecologica' nel moto del diritto europeo (anche alla luce della riforma costituzionale italiana in materia ambientale)*, 221 ss.

⁴⁹ La motivazione prosegue rilevando che il principio di integrazione si impone "anche al fine di individuare un adeguato equilibrio tra ambiente e patrimonio culturale, nel senso che l'esigenza di tutelare il secondo deve integrarsi con la necessità di preservare il primo (...). La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull'uso del terri-

Ricordo nuovamente per inciso che Pericu, in veste di parlamentare, si fece promotore nel 1994 di una proposta di integrazione dell'articolo 9 della Costituzione affinché la norma includesse precisamente la tutela dell'ambiente.

b) *Aumentare la "varietà" del sistema di controllo.*

Vengono ora indicazioni che spostano il baricentro dell'analisi dal tema della chiarificazione dei percorsi decisionali a quello della flessibilità del decisore.

b1) *Mitigare l'incertezza delle operazioni di bilanciamento con approccio multiscalare.*

È noto che l'incertezza fomentata dalla complessità può rendere le operazioni di bilanciamento e di composizione degli interessi particolarmente difficili⁵⁰; il problema è aggravato dalla condizione di debolezza conoscitiva in cui non di rado versano gli apparati amministrativi.

Pericu invita a preparare le difficili operazioni di composizione attraverso l'uso accorto dello strumento programmatico e pianificatorio. L'idea, appena introdotta nello scritto su "Energia e ambiente", viene ripresa e sviluppata in altri lavori. Sia consentito richiamare un passo del saggio dedicato al rapporto tra città e zone costiere, per mettere a fuoco lo spunto che preme ora riprendere. Data la complessità delle intercon-

torio richiede di abbandonare il modello delle «tutele parallele» degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali".

R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urb.*, 2021, 12 ss., sviluppando una riflessione che vede un elemento della "crisi della legge" nella "sua crescente difficoltà di saper selezionare e ordinare gli interessi pubblici (collettivi, generali, superindividuali, ecc.), eventualmente anche collocandoli, in quanto 'valori', su una scala gerarchica di riferimento", coglie la distonia che corre tra la logica dell'integrazione e l'enfasi talora riposta nella filosofia dell'equiordinazione, tratteggiata dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 85/2013; in tema anche A. MORRONE, *L'ambiente nella costituzione. Premesse di un nuovo contratto sociale*, cit., 91 ss.

⁵⁰ Sul punto basti qui un rinvio, tra le molte opere, S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 4 ss.

nessioni tra ambiente e società, scrive Pericu, “il momento della composizione degli interessi presuppone necessariamente una forte capacità conoscitiva (...) Il rischio è che essa venga affidata a soggetti che non hanno le capacità di gestirla, proprio per la difficoltà – di fronte a una matrice che può impressionare l’amministratore ... (perché vi si intrecciano tutta una serie di possibili combinazioni) – a derivarne una qualche indicazione utile di comportamento. Ci deve essere un ausilio forte e l’ausilio forte è tradizionalmente (...) rimesso nel momento della pianificazione”⁵¹.

Peraltro la pianificazione, avverte Pericu, non può articolarsi e differenziarsi al punto da divenire a sua volta fattore di complicazione supplementare della disciplina e dunque non può ragionevolmente pretendere di anticipare analiticamente la soluzione di tutti i problemi, ma deve fornire piuttosto una cornice valutativa, linee guida, al contempo fissando paletti e punti fermi⁵².

“Successivamente”, prosegue il ragionamento, “la risoluzione del conflitto (o dei conflitti) avverrà ad un livello ancora più basso, cioè nel momento in cui si ipotizza il singolo intervento. In quel momento – che sarà quello (...) dell’autorizzazione ambientale – si deve trovare la soluzione concreta al conflitto”⁵³.

La vicenda dell’ILVA di Taranto offre un buon esempio di quel che non dovrebbe accadere; la latitanza del legislatore e dell’amministrazione (il tardivo recepimento della disciplina europea sull’autorizzazione integrata, il protrarsi di tempi e modi incontrollati, nella programmazione degli interventi, dopo il rilascio dell’autorizzazione) hanno spinto la magistratura penale ad intraprendere una controvertibile azione di supplenza e, in ultima analisi, hanno portato ad una condizione di “scelta tragica”⁵⁴, fatalmente destinata, come un gioco a somma zero, a sacrificare drasticamente gli uni o gli altri interessi a confronto.

Il persuasivo consiglio di Pericu è in breve quello di fronteggiare l’incertezza con approccio multi-scalare, che permetta di giungere al bilan-

⁵¹ G. PERICU, *I servizi tra area metropolitana e zone costiere*, cit., 128.

⁵² G. PERICU, *op. ult. cit.*, 129.

⁵³ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 130.

⁵⁴ Nel senso in cui impiegano l’espressione di G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche* (trad. it.), Milano, 2006, *passim*.

ciamento degli interessi attraverso l'ammortizzante intermediazione di piani e programmi capaci di trasmettere priorità e contenuti valoriali, senza risolversi in burocratico parametro di confronto per verifiche di compatibilità puramente giuridico-documentali⁵⁵.

Anche questo spunto tocca uno dei nuclei dell'odierno dibattito sulla portata e sulle ricadute della recente riforma costituzionale, nella parte in cui ha interessato l'art. 41⁵⁶.

In una logica affine – di approssimazione graduale, capace di preparare le scelte amministrative di ultima istanza attraverso cornici concentriche, dal grado di risoluzione variabile in rapporto alla loro scala operativa – si iscrive il suggerimento di fare ricorso ad un sistema di principi, del quale Pericu si fece promotore sin dal 1994, come firmatario del già menzionato progetto di legge quadro sull'ambiente, che proprio nella fissazione di un corpo di principi riponeva il proprio architrave.

Ricordiamo tutti che nel 2006 il cosiddetto codice ambientale vide la luce addirittura sguarnito di una parte sui principi, che vennero aggiunti in corsa soltanto nel 2008, probabilmente attingendo disegno di legge, a giudicare dal tenore sistematico e letterale delle disposizioni.

b2) *Sfruttare la duttilità degli strumenti convenzionali.*

Prendo nuovamente le mosse da una suggestiva citazione testuale: “per un pubblico amministratore, il rispetto della legge rappresenta un obbligo anche morale ineludibile (...). Rispettare la legge non significa, tuttavia, sviluppare le sole attività che la legge espressamente autorizza. Esistono spazi a livello di indirizzo politico-amministrativo, nell'ambito della più generale capacità di operare anche nella sfera del diritto privato, in cui l'attività si estrinseca certamente nel rispetto della legge, ma a volte

⁵⁵ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 130.

⁵⁶ V. A. MORRONE, *L'ambiente nella costituzione*, cit., 91 ss.; F. DE LEONARDIS, *La riforma “bilancio” dell'art. 9 cost. e la riforma “programma” dell'art. 41 Cost.*, cit., 49 ss.; M. RAMAJOLI, *Attività economiche, poteri pubblici e tutela dell'ambiente nel nuovo art. 41 della Costituzione*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, cit., 169 ss., *ivi* anche B. MATTARELLA, *Le nuove previsioni dell'art. 41 della Costituzione in materia di ambiente*, cit., 165 ss.

anche in assenza di una specifica preventiva previsione normativa. (...) L'amministratore che si limitasse a operare solo dando concreta attuazione a quanto previsto dalle leggi avrebbe ben limitati spazi di attività e di fatto rinunciarebbe a molti possibili obiettivi" ⁵⁷.

Con analogia visuale, lo scritto "Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato" evidenzia che il tradizionale prototipo di azione amministrativa a provvedimento poco si adatta al ruolo di una P.A. che deve assumere, più che il ruolo dell'autorità, una funzione di partecipazione allo sviluppo economico e sociale della collettività, in veste di co-protagonista, insieme al privato ⁵⁸.

Discende da queste premesse concettuali l'invito, ripreso in "Energia e ambiente", ma ribadito in molti altri scritti, a sfruttare la flessibilità e il potenziale inclusivo dello strumento convenzionale per gestire la pluralità e gli antagonismi degli interessi ⁵⁹.

Quasi superfluo evidenziare che anche questo spunto mantiene attualità e spicco, nella moderna riflessione sulle forme d'intervento pubblico in materia ambientale.

Lo studio delle insufficienze dei tipici meccanismi di "comando e controllo" – che spesso soffrono di una rigidità che riflette una plausibile sottovalutazione del peso dell'incertezza – impegna al momento un'ampia letteratura trasversale e interdisciplinare, che raduna contributi giuridici, analisi economiche e scritti di ecologia ⁶⁰.

L'argomento del ricorso ai contratti per conciliare interessi e competenze, governando la materia dell'ambiente, assume molte declinazioni,

⁵⁷ G. PERICU, A. LEISS, *Genova nuova*, cit., 103.

⁵⁸ G. PERICU, *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, cit., 627 ss.

⁵⁹ G. PERICU, *Energia e ambiente*, cit., 570 ss.; ID., *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 940 ss.; ID., *Verso nuovi modelli*, cit., *passim*.

⁶⁰ Anche su questo argomento la letteratura è a dir poco alluvionale e occorrerebbe molto spazio per una rassegna minimamente organica, che tuttavia supererebbe gli scopi del presente scritto; mi limito perciò all'incidentale e puntiforme rinvio a C.S. HOLLING, G.K. MEFFE, *Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management*, in *Conservation Biology*, 1996, 328 ss.; K.N. LEE, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Washington D.C., 1993, *passim*.

nell'odierno dibattito sulle misure alternative o complementari ai rimedi autoritativi. Tra le esemplificazioni più che mai attuali si considerino: a) i contratti e gli istituti di programmazione negoziata aventi ad oggetto risorse ambientali, come i contratti di fiume, di lago, di costa, di rete ecologica; b) i sistemi di pagamento dei servizi ecosistemici (cosiddetti PES); c) gli appalti verdi, che hanno lo scopo di inoculare la variabile ambientale nella contrattazione pubblica; d) i partenariati funzionali alla mobilitazione degli investimenti privati in sostenibilità, riconosciuti necessari tanto all'attuazione del PNRR quanto al raggiungimento degli obiettivi di mitigazione dei cambiamenti climatici definiti in sede europea.

b3) *Usare con coraggio la leva della partecipazione.*

“Energia e ambiente” invita infine al previdente rafforzamento delle dinamiche partecipative.

La partecipazione può offrire alla P.A. occasioni di apprendimento, in grado di affinare le laboriose operazioni bilanciamento degli interessi, e può al contempo fungere da motivo di condivisione, capace di incoraggiare risposte collaborative⁶¹.

Anche questo tratto della riflessione compendia sia indicazioni la cui esattezza sembrerebbe provata dagli sviluppi successivi dell'ordinamento (seppure innovative quando furono prospettate) sia suggerimenti che restano tutt'oggi originali e che ancora attendono di essere tradotti in pratica virtuosa.

È noto che regole di ampia partecipazione procedimentale – in via generale caldegiate da Pericu nel lavoro sui procedimenti di massa, che il-

⁶¹ G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 933: “in presenza di una cittadinanza cosciente la stessa possibilità di portare ad effetto la decisione dipende dalla sua sostanziale accettazione da parte di coloro nei cui confronti si produrranno gli effetti anche limitativi. È esperienza quotidiana il formarsi di aggregazioni spontanee di cittadini (c.d. comitati) per sollecitare interventi dell'amministrazione oppure per preventivamente contestarne altri. Le richieste, di regola, sono espresse in forme atipiche, se non con manifestazioni pubbliche (...). Il tema si complica ulteriormente se si inserisce in questa prospettiva il ruolo svolto dalla pubblicistica nei diversi mezzi di comunicazione”.

lustra le proposte di cui si era sul punto fatta carico la Commissione Nigro⁶² – sono divenute uno di capisaldi del diritto ambientale, sulle orme della convenzione di Aarhus⁶³.

La convinzione di Pericu è però che “le esigenze di protezione ambientale non possono ritrovare la loro tutela solo ed esclusivamente nell’ambito di procedimenti amministrativi gestiti da pubblici apparati, sia pure a legittimazione democratica, ma le relative decisioni debbono essere assunte sulla base di una contrapposizione dialettica con soggetti esterni all’amministrazione e più direttamente capaci d’interpretare le istanze della società”⁶⁴.

“Il riconoscere spazi significativi e non preventivamente definiti da regole confligge con la prioritaria esigenza di pervenire a una decisione e non restare invischiati in meccanismi partecipativi sostanzialmente paralizzanti. Tuttavia, se è corretto ritenere che nella realtà solo le scelte effettivamente condivise abbiano la possibilità di essere portate a compimento, la prospettiva si capovolge. È amministratore avveduto chi si preoccupa di sentire le esigenze dei cittadini e cerca di costruire le proprie scelte in modo che possano essere accettate se non dalla totalità dalla maggioranza degli interessati”⁶⁵.

Trattasi del punto di vista che ha nei fatti guidato la pratica dell’amministrazione comunale di Genova, nel tempo in cui Pericu fu sindaco.

3. *L’esperienza di Genova.*

È noto che alla fine degli anni Novanta del secolo scorso Genova viveva una fase molto difficile, esito di un declino iniziato da tempo⁶⁶.

⁶² V. G. PERICU, *I Procedimenti di massa*, in *Scritti scelti*, cit., 601 ss., che illustrava le proposte di cui si era sul punto fatta carico la Commissione Nigro (della quale Pericu aveva fatto parte), sfortunatamente disattese dalla versione approvata della legge n. 241/1990.

⁶³ Al tema della partecipazione, a scopo sia difensivo che collaborativo, erano dedicati gli articoli 24 ss. della già menzionata proposta di legge quadro sull’ambiente, presentata alla Camera il 29 settembre 1994.

⁶⁴ Così G. PERICU, *Energia e ambiente*, cit., 540 s.

⁶⁵ Così G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 934.

⁶⁶ Si legga F. ALCOZER, *Il ridisegno dello spazio urbano*, in *La città – Giornale di società civile. Speciale Beppe Pericu*, Genova, novembre 2022, 12.

La base economica costituita dall'attività portuale e dall'industria pesante di stato (Ansaldo, Italsider, Italcantieri) era andata gradualmente disgregandosi, a partire dai primi anni '80.

Molte attività terziarie avevano a loro volta preferito posizionarsi altrove, in Italia o in Europa.

La disoccupazione era arrivata nel 1997 a superare il tasso del 12%.

Il calo demografico, in atto dalla metà degli anni Sessanta, avanzava inesorabile.

Genova e la Liguria erano considerate il fanalino di coda nell'Italia più industrializzata⁶⁷.

Opinionisti ed esperti sono però unanimi nel riconoscere che il decennio compreso tra il 1997 e il 2007 abbia segnato un momento di svolta e un periodo di rinascita, costellato da una varietà di interventi di trasformazione dell'ambiente cittadino⁶⁸.

Mi limito a ricordarne alcuni:

Il risanamento del centro storico⁶⁹ coronato nel 2006 dall'inserimento delle "Strade Nuove e del sistema dei Palazzi dei Rolli" nella lista Unesco dei patrimoni da proteggere "per il bene dell'umanità"⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. G. PERICU, A. LEISS, *Genova nuova*, cit., 23 (*Il tramonto della città d'acciaio*); G. PERICU, *Riconversione e rinascita*, cit.

⁶⁸ G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 73, ove l'intervistatore riporta cifre eloquenti: "nel 1997 il tasso di disoccupazione era al 12,1%. Nel 2005 era sceso al 5,5%. (...), nel 2007, siamo intorno al 4%. In un decennio gli occupati sono aumentati di oltre 20.000 unità (...) Se si guarda al porto, si contano 310.000 container movimentati nel 1990, 826.000 nel 1996, più di un milione e mezzo nel 2000, 1.625.000 nel 2005 e oltre 1.800.000 nel 2007. Intanto si sono localizzate a Genova importanti imprese, anche multinazionali, che operano nello shipping. Nel quinquennio 2000-2005 si registra uno stop al calo demografico. (...) Grazie all'immigrazione s'intacca per la prima volta il progressivo aumento dell'indice di invecchiamento della popolazione. (...). Si registra un costante aumento della presenza di turisti stranieri: tra il 2004 e il 2006 l'incremento di presenze di visitatori che arrivano a Genova dall'Europa, dagli Stati Uniti, dall'Oriente, ha sfiorato il 50%".

⁶⁹ Visto al contempo come un handicap, per il suo degrado, e uno scrigno dei tesori della città, per la sua storia, consistenza e contenuto; F. ALCOZER, *Il ridisegno dello spazio urbano*, cit., 12; B. GABRIELLI, *A strategy for being effective*, in *Urb.*, 2005; B. GABRIELLI, *Il caso di Genova*, in S. STORCHI, O. ARMANNI (a cura di), *Centri storici e nuove centralità urbane*, Firenze, 2010, 55 ss.

⁷⁰ Cfr. G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 75.

Gli interventi sul fronte a mare, connessi alla riqualificazione del centro storico⁷¹.

Il recupero delle aree di Ponente e della Val Polcevera, dismesse e abbandonate al degrado con i processi di deindustrializzazione⁷².

Il risanamento della vicina area di Cornigliano, ove era insediata un'acciaieria a ciclo integrale (ex Ilva) che provocava gravissimi problemi di inquinamento.

Al termine di un percorso molto laborioso, scandito dal perfezionamento di fondamentali intese e accordi di programma, le fonti inquinanti sono state rimosse, con la chiusura delle cokerie e degli altiforni, mentre i livelli occupazionali sono stati preservati, convenendo la prosecuzione di lavorazioni industriali pulite, di laminazione a freddo⁷³.

Ad un confronto con le vicende che hanno interessato il polo siderurgico di Taranto, la semplice constatazione di quel che non è accaduto a Genova porge elementi di valutazione eloquenti.

⁷¹ G. PERICU, *Riconversione e rinascita*, cit., riferisce: "Si comprese (..) che era possibile promuovere insediamenti abitativi nella parte antica della città solo se si assicurava agli abitanti una qualità della vita adeguata, il che comportava l'apertura delle più ampie connessioni con l'affaccio al mare e la creazione di spazi pubblici fruibili. In quest'ottica si situa la riqualificazione della Darsena e degli antichi magazzini che la contornano".

⁷² G. PERICU, *op. ult. cit.*, descrive la situazione: "I processi di deindustrializzazione avevano inciso in modo particolare sulla Val Polcevera e sul Ponente determinando l'abbandono di aree e il loro conseguente degrado, ma soprattutto una grave disaggregazione sociale. Era naturale che in questi anni si sentisse fortemente la necessità di una riqualificazione. Alla foce del Polcevera in una vasta area, la Fiumara, erano presenti diversi edifici industriali dismessi in conseguenza dell'abbandono delle lavorazioni nel settore nucleare, dopo il blocco delle attività per effetto del noto referendum. La proprietà delle aree era del gruppo Ansaldo-Finmeccanica, che propose un progetto di riqualificazione ove si prevedevano insediamenti abitativi, direzionali, commerciali e per il tempo libero. La proposta fu arricchita con un parco pubblico, il riassetto dei collegamenti viari e ferroviari e la presenza di edifici a destinazione pubblica. Le caratteristiche fortemente innovative e l'incidenza sulle attività commerciali della vicina Sampierdarena determinarono non poche critiche. Tuttavia, rappresentava e ha rappresentato il naturale completamento del processo di riqualificazione della intera Val Polcevera, che da destinazioni industriali si stava progressivamente convertendo a sede della grande distribuzione e dello stoccaggio". Si legga anche G. PERICU, A. LEISS, *Genova nuova*, cit., 75.

⁷³ Cfr. G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 29 ss.

Ancora, si pensi alle importanti opere di abbellimento e di rinnovamento strutturale della città, insieme al rilancio identitario e turistico, indotti cogliendo le opportunità offerte dai grandi eventi⁷⁴ e, in particolare, dalla designazione di Genova come capitale europea della cultura, nel 2004⁷⁵.

Non è ora possibile entrare nei dettagli di queste e di molte altre operazioni di trasformazione del territorio e dell'ambiente di Genova, promosse e completate nell'arco dei due mandati, per commentare le quali non basterebbe un Convegno intero⁷⁶.

Preme invece osservare che presupposto della loro riuscita fu l'averle iscritte in una cornice di condivisione del modo di concepire il futuro della città.

Questa condivisione – pensata per coniugare le tre anime della sostenibilità, cioè ambiente, sviluppo e giustizia sociale – è stata ottenuta spingendo la partecipazione ben oltre il terreno dei procedimenti.

Il quadro è dipinto in “Genova nuova”, che riprendo brevemente.

Nel 1999, sulle orme dell'esperienza di Barcellona, fu indetta una conferenza strategica, preceduta e seguita da una fitta serie di consultazioni e di incontri pubblici, col proposito di promuovere il più ampio confronto fra l'amministrazione e i portatori di interesse della città, le forze produttive, gli attori del mercato del lavoro, le istituzioni

⁷⁴ G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 36, osserva: “per la vita di una città l'occasione di “eventi” straordinari è indispensabile. Non solo perché sono momenti in cui si riesce a usufruire di finanziamenti aggiuntivi rispetto a quelli ordinari (che peraltro in questi anni in Italia sono progressivamente diminuiti per l'esigenza di risanare i conti pubblici). Ma è altrettanto importante essere aiutati a “pilotare” la comunità urbana – di solito attraversata da conflitti, logiche di veto, varie spinte alla competizione interna non sempre virtuose – verso l'attuazione in tempi certi di obiettivi rilevanti e condivisi”.

⁷⁵ G. PERICU, *Riconversione e rinascita*, cit., “L'appuntamento del 2004 ha rappresentato per i genovesi il ritorno di un senso di appartenenza e di orgoglio: la consapevolezza di vivere una città con una grande storia, ricca di un patrimonio culturale imponente e come tale riconosciuta nel mondo. È stato l'antidoto più efficace alla ‘depressione sociale’ propria degli anni della fine del Novecento. È stato determinante il buon successo delle iniziative, ma anche l'attesa e la preparazione degli anni precedenti”.

⁷⁶ Rimando, per una rassegna compiuta, ai due tomi *che* compongono il resoconto pubblicato dall'amministrazione municipale, *Genova 1997-2007*.

pubbliche, oltre 250 associazioni⁷⁷. All'esito delle numerosissime interloquazioni fu messa a fuoco una "idea di città", attorno alla quale fu costruito un "piano per la città"⁷⁸ cioè un programma strategico di sviluppo⁷⁹ parametrato al decennio successivo⁸⁰.

⁷⁷ G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 36 ss. riferisce: "Organizzammo una prima conferenza strategica nel maggio 1999, facendola precedere da moltissimi incontri con i diversi soggetti della comunità cittadina, principalmente attorno a una domanda: "Come operare per assicurare uno sviluppo desiderabile e sostenibile alla città?" [...] Nel percorso, altamente partecipato, furono coinvolte – in incontri pubblici – tutte le forze produttive e del mercato del lavoro, le istituzioni pubbliche e oltre 250 associazioni. Di fatto si desiderava far emergere direttamente dalla comunità le istanze, i progetti e più in generale le idee che avevano le maggiori possibilità di essere realizzate"; si veda anche G. PERICU, *Riconversione e rinascita*, cit.; B. GABRIELLI, *A strategy for being effective*, cit., 56 ss.

⁷⁸ G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., chiarisce che "il piano strategico di sviluppo considera in modo unitario i possibili comportamenti di tutti i protagonisti (sia individuali che collettivi, sia privati che pubblici) che incidono sulla vita della collettività. Il piano è il momento, il luogo delle scelte per il domani e ruota intorno a una immagine della città del futuro e delle azioni che debbono essere poste in essere per realizzarla". Il piano "sollecita atteggiamenti dei singoli proponendo scenari positivi e dimostrandone la realizzabilità; evidenzia azioni dei soggetti pubblici che si rendono necessarie e ne scade la realizzazione nel tempo; fornisce un quadro di riferimento per le imprese sulla cui base possono valutare le loro convenienze".

G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 42, puntualizza il raccordo con gli atti di pianificazione territoriale: "Il Piano regolatore generale, il Puc, è un documento di organizzazione territoriale: puntualizza sul territorio le opzioni di riassetto, tutela e sviluppo definite dall'indirizzo politico – amministrativo. Il Piano strategico prescinde da una visione strettamente territoriale – sebbene non possa non tenerne conto – e definisce gli obiettivi futuri che una comunità si propone, prendendo in considerazione non solo i comportamenti dell'amministrazione comunale ma anche quelli ipotizzabili o auspicabili degli altri protagonisti, pubblici o privati. Il Piano strategico contiene azioni integrate di carattere territoriale, sociale ed economico".

⁷⁹ G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 36, commenta: "avere un piano di riferimento preciso, il più possibile legato agli strumenti effettivi di gestione amministrativa, è utile, anche se poi bisogna discostarsi dalle previsioni, compiere scelte diverse perché, comunque, le cose cambiano e non sono tutte prevedibili. Però hai una bussola, uno strumento per il confronto trasparente con tutti i soggetti esterni all'amministrazione. Inoltre, è giusto contribuire a una «visione» della missione del Comune che si proietta in un tempo lungo: basata, anche nel cambio delle giunte e delle maggioranze, su una coerenza di fondo almeno in alcune scelte fondamentali".

⁸⁰ G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 937, segnala che "nor-

In sostanza attraverso un confronto ed un coinvolgimento metodologico di tutte le forze della città sono stati delineati i temi e gli obiettivi che hanno poi orientato le decisioni dell'amministrazione degli anni successivi⁸¹.

"Inquadrare questo fenomeno nei consueti schemi giuridici non è semplice" osserva Pericu in *Esperienze di un amministratore giurista*, "innanzitutto perché non è atto idoneo a produrre effetti giuridici specifici essendo del tutto privo della potestà di conformare i comportamenti delle singole amministrazioni".

Cionondimeno, aggiunge, "l'elaborazione del piano e la sua concreta attuazione costituiscono indubbiamente i momenti più significativi del governo di una collettività e come tali non possono essere rimessi allo spazio indefinito dei comportamenti giuridicamente irrilevanti"⁸².

malmente il piano strategico non è traguadato alla durata di un mandato amministrativo, ma si muove nell'arco temporale ritenuto ottimale (di regola un decennio) prevedendo momenti di verifica e di aggiornamento".

⁸¹ Così riassunti da G. PERICU, *Riconversione e rinascita*, cit.: "È il caso di ricordare alcune acquisizioni che hanno rappresentato la guida per gli anni successivi. Prima di tutto il punto secondo cui solo la cultura rappresentava il collante per ricostruire i legami, per dar vita a una comunità in una collettività ormai costituita da singole individualità, in cui si erano persi i necessari termini di riferimento tradizionali, in particolare quello di essere parte di una città ad alta industrializzazione tra le prime del Paese. Rivisitazione del modo di essere genovesi nel tempo non solo per ricordare i passati anni di splendore, ma per meglio comprendere le proprie vocazioni strettamente conseguenti anche alle caratteristiche del territorio. Questa scelta ha contrassegnato gli anni successivi (...). Un secondo dato è costituito dalla presa di coscienza che le fonti di ricchezza e di lavoro in un'economia moderna devono essere diversificate. Per Genova non solo il porto, che pur restava il primissimo termine di riferimento; non solo l'industria, che stava segnando una grave regressione nel manifatturiero e si stava indirizzando ad assumere connotazioni del tutto nuove, ma soprattutto i servizi che nel frattempo avevano acquisito un ruolo significativo e per alcuni aspetti determinante. Si constatò la marginalità della città nei flussi turistici: solo l'Acquario aveva capacità di attrazione, ma la restante parte della città era ignorata, anzi temuta; in particolare nel suo cuore: il centro storico. Una carenza che doveva essere colmata. Infine, la crisi territoriale tra centro e periferie doveva essere ricomposta. Le diverse comunità del Ponente e della Val Polcevera avevano mantenuto un'identità da comuni autonomi e come tali meritavano di essere ancora considerati. 'Genova Città di Città' fu lo slogan che esprimeva questa esigenza e che legittimò la creazione dei Municipi".

⁸² G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 938: "Se passiamo a conside-

La gestione del piano, dopo la formulazione, a sua volta ha fatto leva sul rapporto di cooperazione con coloro che avevano contribuito alla stesura, coinvolti sia in fase di verifiche attuative sia per i necessari aggiornamenti⁸³.

Venne altresì istituito un “comitato per lo sviluppo” che raccolse, oltre al Comune, gli altri enti locali, Provincia e Regione, l'autorità Portuale, l'Università, rappresentanti del mondo imprenditoriale, sindacati⁸⁴.

Analoga filosofia e metodologia hanno guidato la predisposizione, poco più tardi, di un “piano regolatore sociale”, all'esito di una nuova conferenza strategica, intitolata “Le persone al centro. Benessere e sviluppo”⁸⁵ e, nel 2004, l'attuazione del processo agenda 21 locale e l'adozione di un piano d'azione per lo sviluppo sostenibile della città, in regime di stretta integrazione col piano strategico⁸⁶.

rare questa vicenda sotto il profilo istituzionale, valutandone l'incidenza sul sistema di governo di un comune, è agevole constatare come si giunga a costruire un modello alternativo a quello istituzionalizzato. In questo contesto gli organi rappresentativi a legittimazione democratica diretta, cui secondo la normativa spetterebbe la guida della comunità che rappresentano, non rivestono un ruolo particolare, se non quello eventualmente di essere partecipi di un rapporto di collaborazione con altri soggetti pubblici e privati. Nello stesso tempo le azioni dei privati possono assumere valore condizionante lo sviluppo e come tali acquisire un significato preminente nel piano strategico: si pensi alla incidenza delle scelte di una grande impresa sul contesto socio-economico del territorio di una comunità urbana”.

Considerazioni convergenti in G. PERICU, *Verso nuovi modelli giuridici*, cit., 613 ss.

⁸³ G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 937.

⁸⁴ G. PERICU, A. LEISS, *Genova nuova*, cit., 36.

⁸⁵ G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 40: “L'idea fondamentale del Piano regolatore sociale (...) è che il Comune deve riuscire a leggere meglio queste domande che riguardano il “bene-essere” di tutti i cittadini, e mettersi in grado di dare risposte sempre più appropriate ed efficaci. Ma naturalmente non può farlo da solo, e non soltanto per ragioni finanziarie, che pure sono molto rilevanti. E un campo di azione in cui operano altri soggetti: da quelli istituzionali, dalla sanità ai servizi degli altri enti locali, a quelli del volontariato, delle realtà religiose, delle fondazioni e anche delle imprese private. Quindi la scommessa, anche qui, è quella di un salto di qualità nella “governance”, per raccogliere e utilizzare al meglio tutte le risorse, pubbliche e private, e per investire nelle direzioni giuste. Un lavoro molto difficile e faticoso, nel compiere il quale a volte sembra di tessere una tela di Penelope, sempre sul punto di disfarsi. Credo che noi questo processo l'abbiamo avviato, cogliendo anche qualche primo risultato. Non vedo comunque altre vie realisticamente possibili”.

⁸⁶ G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 36.

Il metodo della programmazione strategica e della ricerca di momenti di 'concertazione' permanente tra le varie istituzioni locali e le forze economiche, sociali e culturali è proseguito lungo entrambi i mandati⁸⁷.

Il comune di Genova ha dunque ideato modi originali di costruire rapporti con la società civile e con gli investitori privati, schemi partecipativi inediti, alternativi a quelli istituzionalizzati, in uno spazio operativo non rigidamente precostituito dalle norme, ma rimesso all'intraprendenza dell'amministrazione pubblica⁸⁸.

L'ennesimo passaggio tratto dalle "Esperienze di un amministratore giurista" vale a riassumere l'idea meglio di ogni commento: "L'analisi giuridica deve estendersi al di là della considerazione di atti ed effetti previsti dal diritto anche alla concreta organizzazione della vita di una comunità" (...). Vi è (...) una contraddizione che nasce da un confronto tra la situazione di vincolo in cui si trova a operare l'amministrazione comunale e le sollecitazioni cui è sottoposta, che provengono dalla comunità cittadina e alle quali deve dare risposta. Gli esempi fatti: il piano strategico, il piano regolatore sociale, l'acquisizione del consenso, le esternalizzazioni fanno chiaramente intendere come vi sia uno spazio ampio in cui un'amministrazione può inserirsi positivamente (...). Non è la ricerca di una libertà irresponsabile, ma la richiesta di una posizione di autonomia effettiva verificata e controllata, oltre che in sede politica anche dai necessari meccanismi di auditing. D'altronde, è ai comuni che compete soddisfare direttamente gli interessi della vita di ogni giorno di ciascuno di noi; è ai Comuni che compete tentare di costruire un ambiente urbano il più idoneo allo svolgimento delle diverse attività dei privati, nella piena coscienza che meglio sarà soddisfatta questa istanza, più facilmente si verificheranno condizioni di sviluppo"⁸⁹.

Concludo. Lo scorso novembre, presso la sala del minor consiglio di palazzo Ducale, a Genova, è stato organizzato un incontro cittadino di commemorazione di Giuseppe Pericu. A dispetto dei quindici anni ormai

⁸⁷ Si veda il tomo II del citato rapporto *Genova 1997-2007*, a cura del Comune, dal titolo *Noi che abbiamo visto Genova*, 70 ss.

⁸⁸ Secondo la visione nitidamente espressa ed anticipata in G. PERICU, *Verso nuovi modelli giuridici*, cit., 613 ss.

⁸⁹ G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista*, cit., 944.

trascorsi dalla conclusione del secondo mandato come sindaco, la grande sala era gremita, affollata dai partecipanti più vari: figure istituzionali, esponenti del mondo della politica, dell'Università, della cultura, dell'impresa, sindacalisti, cittadini, amici; mi ha colpito il loro modo di ricordare, di riferirsi affettuosamente a "Beppe"; si percepiva l'orgoglio di aver conosciuto e frequentato un uomo che, senza vanterie, con azioni efficaci più che con parole, com'era nel suo stile, li aveva guidati e coinvolti in una magnifica impresa e, da persona davvero speciale, aveva portato anche loro a sentirsi un po' speciali. Penso che nelle attitudini all'ascolto e alla condivisione, amalgamate al profondo e laborioso senso di responsabilità che Giuseppe Pericu ha saputo incarnare⁹⁰ si nascondano condizioni essenziali a fronteggiare l'odierna sfida ambientale, capaci di infondere un'imprescindibile anima alle soluzioni normative o procedimentali.

⁹⁰ G. PERICU, A. LEISS, *op. ult. cit.*, 110: "Chi gestisce la cosa pubblica deve cercare di interpretare le esigenze che in quel momento vengono espresse dalla collettività, deve realizzare una sintonia con la comunità in cui opera. E per questo non è sufficiente il momento elettorale. Per creare una tale sintonia dovrebbe esistere un continuo colloquio, un'effettiva partecipazione. (...) Per un amministratore pubblico ascoltare queste realtà, tenerne presente le istanze è un dovere etico prima che politico. Non dovrebbe dipendere dal desiderio di maggiori consensi ma dall'esigenza di verificare sistematicamente il proprio rapporto con gli orientamenti dei cittadini, che non può essere definito solo dal mandato elettorale. C'è però anche un altro profilo da valutare: perché se è vero che l'amministratore ha il dovere etico dell'ascolto, nel contempo ha anche il dovere etico di assumersi la responsabilità della decisione. E la decisione potrebbe anche essere in contrasto con le istanze con cui ci si è confrontati. Giacché il metro ideale nell'assumere una decisione è quello del bene della collettività".

L'AMMINISTRARE PUBBLICO PER FINANZIAMENTI
NELL'OPERA DI GIUSEPPE PERICU:
SU ALCUNE QUESTIONI DI TEORIA GENERALE
IN UNA DISAMINA DI SETTORE

Roberto Cavallo Perin

SOMMARIO: 1. La sovvenzione come provvedimento amministrativo. – 2. Le sovvenzioni come provvedimenti amministrativi. – 3. Le sovvenzioni amministrative e gli atti di liberalità di diritto privato. – 4. Differenze tra sovvenzioni, concessioni, accertamenti, abilitazioni. – 5. Il controlimite delle norme sui diritti costituzionali aventi ad oggetto le sovvenzioni.

1. *La sovvenzione come provvedimento amministrativo.*

Nell'attività finanziaria disciplinata da norme nazionali, sovranazionali e internazionali si possono ritrovare una quantità rilevante di atti giuridici la cui efficacia ed effetti definiscono vicende giuridiche finanziarie¹. Molti atti sono disciplinati dal diritto: dal mutuo, al conto corrente, agli altri contratti bancari o assicurativi, all'ormai non più recente *leasing*, sino agli *swap* e ai c.d. prodotti derivati, per non trattare dell'utilizzazione atipica di altri contratti, che in particolari circostanze possono realizzare effetti di finanziamento di una o più attività.

¹ Per i finanziamenti alle attività produttive si veda: G. BOTTINO, *Il finanziamento pubblico dell'economia: possibilità, condizioni e limiti*, in M. CAFAGNO, F. MANGANARO *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana Studi*, Firenze University Press, Firenze, 2017, 217 s.; nonché G. CORSO, *Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana*, *ivi*, 593 s.

Di non minore rilievo sono gli atti disciplinati dal diritto pubblico a cominciare dai titoli annuali o poliennali rappresentativi del debito pubblico dell'Ue, degli Stati membri, o di parti di esso, tra cui in Italia hanno avuto una certa notorietà quelli dei comuni (b.o.c.), le varie forme di bancoposta che finanziano la nostra Cassa Depositi e Prestiti², il credito agevolato, o alle riduzioni o esenzioni tributarie o tariffarie, ai "prestiti" dell'Ue agli Stati membri, in genere ogni tipo di finanziamento con restituzione o a fondo perduto.

In questa molteplicità di atti un giovane Giuseppe Pericu (poi mio professore nel collegio di dottorato 2° ciclo) indica con estrema precisione le sovvenzioni, distinguendole dagli atti di diritto privato, da quelli a prestazioni corrispettive, da quelli che sono riduzioni o esenzioni tributarie e indicandole come una categoria a sé di provvedimento amministrativo, che perciò si differenziano dagli atti di accertamento (che negozi non sono), ma che come provvedimenti si distinguono del pari dalle concessioni di beni o di servizi, o dalle abilitazioni.

L'intuizione e l'argomentazione sono state di grande interesse. Basti pensare che l'amministrare pubblico per finanziamenti è stata l'oggetto dei vari sistemi keynesiani nazionali e delle relazioni internazionali del secondo dopoguerra³, uno dei principali strumenti non solo delle politiche economiche – agricole e industriali – con premazia della politica sull'economia, ma in genere come strumento principe delle politiche di promozione dei diritti sociali, che ha retto – come strumento a largo spettro – le politiche di riequilibrio dei territori (prima il mezzogiorno, poi le aree svantaggiate; art. 119 Cost.; art. 106 TFUE), il pluralismo dei prestatori di servizi sociali (art. 34 e 33, art. 38, ecc. Cost.; art. 118, u.c., Cost.), che non ultimo è stato oggetto della disciplina costitutiva del Mercato comune e poi dell'Unione europea, di cui solo la più nota è quella sul divieto di aiuti alle imprese (art. 106 TFUE).

Una fortuna dell'intuizione e dell'argomentazione che pare ritornare

² Su cui CGCE, 3 marzo 2021, C-434/19 e C-435/19; Cass. civ., sez. III, 23 maggio 2019, n. 14080; da ultimo G. MULAZZANI, *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, Bologna University Press, Bologna, 2023.

³ *European Recovery Program*, 1948, ("Piano Marshall"), con finanziamenti di circa 17 miliardi di dollari.

d'interesse proprio in questi due ultimi anni che vedono – come in tutte le vicende storiche – il venire meno della forza propulsiva di quelle politiche economiche che erano state avviate nei primi anni '80 con la *Reaganomics*⁴, poi irraggiate in tutto il mondo (seppure anticipate dal governo di M. Thatcher per il Regno Unito, in Cile da quello di A. Pinochet) e ispirate ai modelli teorici di Friedrich A. von Hayek e Milton Friedman.

Le recenti vicende pandemiche e di guerra alle porte dell'Unione europea hanno in questi anni visto ritornare l'amministrare pubblico per finanziamenti come strumento di attualità, con una spinta potente che chiede di riscrivere i limiti divenuti angusti del divieto di aiuti alle imprese degli Stati membri, aprendo spazi che si ritenevano ormai conclusi per le sovvenzioni e gli altri strumenti che rientrano nella più ampia nozione di aiuto⁵.

Si tratta di larga parte della storia d'Italia che ha definito un modello di intervento pubblico dell'economia per finanziamenti, ove per scelta politica si è inteso favorire alcuni, alterando l'andamento o la risultanza delle forze sociali in campo, sia in ambito nazionale sia nei rapporti internazionali, allo scopo di promuovere o realizzare rilevanti trasformazioni.

2. *Le sovvenzioni come provvedimenti amministrativi.*

L'intuizione e l'elaborazione che si ricava dalla monografia⁶ – se ho compreso il pensiero dell'autore a distanza di 50 anni – chiarisce che le sovvenzioni sono provvedimenti di manifestazione di volontà pubblica, con le quali (il legislatore o) le pubbliche amministrazioni per “ragione politica” – senza corrispettivo o contropartita, né spirito di liberalità – trasferiscono ai beneficiari beni del patrimonio disponibile (denaro o al-

⁴C. FED BERGSTEN, *The International Implications of Reaganomics*, J.C.B. Mohr, Tubinga, 1982.

⁵Per tutti da ultimo: A. TRAVI, E.B. LIBERATI, M. De FOCATIIS, *Gli aiuti di Stato*, Cedam, Padova, 2021, 11 s.

⁶G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1967; vol. II, 1971.

tro), assegnando a quest'ultimi un diritto soggettivo a tale bene. Ai finanziamenti si può provvedere con scelte operate in forma di legge, sia con scelte della pubblica amministrazione contenute in atti amministrativi anche normativi.

Si tratta di una definizione essenziale, cui la monografia perviene per gradi, liberando il pezzo grezzo da ogni confusione con altri strumenti giuridici, delimitando gli elementi essenziali o gli effetti giuridici, senza dogmatismi, a partire da questi e procedendo a ritroso, in una dovizia di particolari che può rendere impaziente il lettore per quella precisione che contraddistingue molte opere giovani di un tempo, in cui la ragione giuridica è parte delle scienze, di quel positivismo scientifico che deve la verità a se medesimo, al proprio argomentare, utilizzando la dimostrazione come *ragione* di quel particolare ramo del sapere.

La sovvenzione è un atto amministrativo che ricava la sua definizione dall'effetto giuridico prevalente (efficacia secondo altri), o causa giuridica, dell'atto, che è – si è detto – l'attribuzione gratuita, senz'obbligo di restituzione, di una somma di danaro o altro bene economicamente valutabile⁷. Atto amministrativo provvedimentale che non trova fonte in una convenzione⁸, anche se accordi preliminari lo possano precedere ma che non incidono sulla natura della sovvenzione⁹.

Gli esempi riportati dall'autore sono ancora di attualità, oltre al naviglio militare o mercantile, questi tratta di leggi autorizzative sull'agricol-

⁷ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, p. 108, ove cita i seguenti autori: G. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1960, 220 ss.: diversamente V. OTTAVIANO, *Alcune considerazioni in tema di c.d. liberalità*, Ragusa, 1953, 25 s., per la natura di accertamenti-ammissioni oppure di ammissioni-concessioni: S. D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, in *Foro amm.*, 1957, I, 341 s.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico*, Jovene, Napoli, 1964, 38.

⁸ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 110 e 121.

⁹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 122: qui anticipa l'art. 11, legge n. 241/1990, nella versione di accordo sostitutivo secondo una tesi che esplicherà molti anni dopo per le concessioni di servizio pubblico: G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in C. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo* (a cura di), vol. II, Monduzzi, Bologna, 1993, 1390.

tura, sulla piccola e media industria, con riferimenti al mezzogiorno appena accennati¹⁰.

Lo scopo politico – fine o causa dell'atto – è incentivare l'attività: a) economica per insufficienza di sviluppo, carenze strutturali, deficienze d'iniziativa; b) non economica che stenta ad affermarsi in determinati settori, anche mediatamente, sussidiando coloro che sono in situazioni di particolare disagio (es. calamità naturali).

È questa l'occasione in cui l'autore utilizza la parola *aiuti* con riferimento ad assegni, premi, sussidi e contributi alle *Scuole non statali*¹¹ anticipando così il recente orientamento dell'Unione europea secondo il quale il riconoscimento di scuole – con restrizione la libertà di stabilimento – è giustificato ove sia proporzionato al fine di consentire ai genitori di scegliere l'educazione dei loro figli in conformità alle loro convinzioni religiose¹².

Di rilievo è l'analisi condotta anche con riferimento a categorie di negozio misto, di cui la sovvenzione è un elemento causalmente rilevante. Così l'aiuto che si abbia su parte degli interessi (tasso agevolato) in un contratto di mutuo¹³, così per il piano verde e il credito agrario; oppure il misto connesso ad altro rapporto giuridico, come nel caso del gestore di servizi di linee di navigazione¹⁴.

L'obbligazione al pagamento del debitore e il relativo diritto di credito del beneficiario sorgono dall'atto amministrativo di sovvenzione, che non opera il trasferimento del debito dal mutuatario allo Stato o all'ente pubblico, perché il debito non è l'oggetto dell'atto di sovvenzione¹⁵.

¹⁰ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 112, 113, 114; in vol. 2 che cita F. MERUSI, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il mezzogiorno*, Giuffrè, Roma, 1968.

¹¹ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 115-116.

¹² CGUE, sez. II, febbraio 2023, C-372/21, che afferma la rilevanza per l'ordinamento dell'Unione dell'attività economica d'insegnamento svolta da enti ecclesiastici e ribadisce la neutralità dello stesso sui rapporti tra Stati membri e confessioni religiose.

¹³ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 123, 125.

¹⁴ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 124 e 120.

¹⁵ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 126.

La sovvenzione è un arricchimento *con giusta causa*¹⁶, perciò si può ritenere che l'atto non necessiti di forma sacrale (atto pubblico) e ciò assume rilievo per affermare che – se l'annullamento della sovvenzione determina un indebito anche per l'ordinamento interno – la diversa configurazione di un finanziamento senza giusta causa, conseguente all'annullamento della dell'atto di sovvenzione, consentirebbe al beneficiario di non restituire più l'intera somma ricevuta¹⁷.

Sempre sulla forma dell'atto di sovvenzione l'autore ritiene che non si abbia *sovvenzione amministrativa* ove l'obbligazione al pagamento sia *ex lege*, cioè indichi direttamente il destinatario e gli altri elementi costitutivi del diritto di credito (art. 1325, 1173, c.c.), poiché la volontà dell'amministrazione non interviene *costitutivamente* a concedere il beneficio, ma si limita ad emanare l'atto che è esecutivo di un credito attribuito dalla legge, a liquidazione e semplice pagamento del contributo¹⁸.

A distanza di oltre 50 anni non è possibile escludere ancora dalle sovvenzioni amministrative le scelte d'amministrazione operate in forma di legge o altra fonte d'amministrazione, anche sovranazionale (non così per gli aiuti), recuperando quella dottrina '800¹⁹ e quella coeva all'autore²⁰, che riuniscono in un'unica categoria le sovvenzioni che danno fondamento ad un diritto soggettivo di credito costituito dalla legge su cui si afferma un sindacato del giudice ordinario²¹, rispetto a quelle che, in ba-

¹⁶ G. GORLA, *Il Contratto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1955, su cui oltre alla distinzione tra promessa per interesse pubblico e al pubblico: 147-149; l'autore indica le promesse che trovano giustificazione in cause *sufficient, reasonable, juste*, 177 s.

¹⁷ Da ultimo M. MATTALIA, *L'incentivazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2023, 356.

¹⁸ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 129, 131.

¹⁹ A. CODACCI PISANELLI, *Legge e regolamento (1888)*, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Tipografia Lapi, Città di Castello, 1900, 3 s.

²⁰ L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966; ID., voce *Regolamenti: b) diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, 601 s.

²¹ Per giurisprudenza costante: Cass. civ., 23 ottobre 2018, n. 26877; Cass. civ., s.u., 18 luglio 2008, n. 19806; Cass. civ., s.u., 25 luglio 2006, 16896; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2022, n. 4716; Cons. Stato, sez. III, 20 febbraio 2019, n. 1198; Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1914; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6; Cons. Stato, sez. IV, 17 maggio 2012, n. 2834; Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4955;

se ad essa (per Pericu autorizzate dalla legge), trovano fondamento (traslativo) nell'atto amministrativo, cioè per scelta concreta dell'amministrazione soggetta al sindacato del giudice amministrativo.

Della prospettazione rimane attuale la censura implicita verso leggi d'amministrazione che – senza alcuna ragione costituzionale – violano in modo persistente il principio di una riserva d'amministrazione nella forma e nella sostanza, con scelte legislative che depotenziano o vanificano la tutela accordata dalla legge generale sull'attività amministrativa²².

3. *Le sovvenzioni amministrative e gli atti di liberalità di diritto privato.*

Le sovvenzioni non sono donazioni – di cui gli enti pubblici manterrebbero la legittimazione alla stipulazione²³ – non solo per quanto si è già implicitamente detto, ma anche per una ragione tutt'affatto speciale, poiché nella sovvenzione manca la spontaneità: se le sovvenzioni sono previ-

Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2007, n. 4373; Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 1997, n. 508; Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 1987, n. 745.

²² Corte Cost. n. 13/1962; da ultimo: Corte Cost., n. 116/2020; CGUE, 7 ottobre 2004, -247/02; cfr. inoltre: Corte Cost. n. 258/2019; Corte Cost. n. 20/2012; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996; G. SCIULLO, *Il principio del giusto procedimento fra giudice costituzionale e giudice amministrativo*, in *Jus*, 1986; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, parte gen., tomo I, Milano, 2007, 345 ss.; C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. BIGNAMI, S. CASSESE, Quaderno n. 1, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 290; nonché cfr. M. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 1136-1137; ID., *Il giusto procedimento fra i livelli essenziali delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 2010, 1030; A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009; G. DELLA CANANEA, *Principi. IV. Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 138; D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, cit., 105 s.

²³ G. PERICU, *Note in tema attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1965, 67 e nt. 127.

ste dalla norma, la stessa conferisce il potere e congiuntamente il *dovere di sovvenzionare*²⁴.

Certo si tratta di un'affermazione che è a conferma di una teoria generale²⁵, come spesso capita in opere ad oggetto speciale, che in realtà sono *banco di prova* per la conferma, la critica, o l'elaborazione di nuove considerazioni di ordine generalissimo. Se c'è provvedimento amministrativo c'è doverosità del provvedere, con anticipazione del principio posto dalla legge sul procedimento amministrativo sull'obbligo di concludere il procedimento (art. 2, legge 7 agosto 1990, n. 241). L'autorizzazione legislativa attribuisce il potere ma radica nell'organo il dovere istituzionale di erogare il beneficio, "poiché si vuole che la concessione in concreto avvenga". Sicché – seppure si tratti di un atto ad ampia discrezionalità – manca di quella libertà i cui caratteri sono propri solo dell'autonomia privata²⁶.

La teoria generale aveva individuato come ragione istitutiva degli enti pubblici un dovere istituzionale di perseguire i fini pubblici attribuiti alla loro cura²⁷, che in Pericu assume nella trattazione un particolare significato rafforzativo, ove chiarisce che la doverosità è un carattere d'ordine generale, compatibile anche con quella categoria di provvedimenti amministrativi che è considerata ampiamente discrezionale. L'affermazione nega in particolare ogni contrasto concettuale tra discrezionalità e doverosità dell'azione amministrativa²⁸.

In chiusura d'argomentazione s'impone la vera natura del giurista che non dimentica che il diritto è scienza pratica, le cui prospettazioni teoriche trovano conferma o smentita nel buono o cattivo funzionamento del-

²⁴ G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit., vol. 1, 154.

²⁵ G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 s.; su cui *amplius* R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, 119 s.

²⁶ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 158-159.

²⁷ G. MIELE, *op. ult. cit.*, per i servizi pubblici: M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957; I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; poi ALB. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 499 s.

²⁸ Cfr. le due diverse prospettazioni in G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, cit. e M.S. GIANNINI, *La discrezionalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1939.

le istituzioni cui sono applicate, soprattutto ove si tratti di periodi che sono da ritenersi “sperimentali” o come si diceva un tempo “di riforma” delle istituzioni pubbliche.

Qualificare le sovvenzioni come atti amministrativi presenta vantaggi pratici che giustificano di per sé soli la soluzione accolta²⁹: una maggior tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione, che apre a quel tempo la maggior tutela di un sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere, che statuisce sull'invalidità di un atto – annullandolo retroattivamente – sulla base di un'indagine “penetrante, quasi interiore, del comportamento procedimentale della pubblica amministrazione erogatrice”³⁰.

Si noti che a quel tempo il cittadino è essenzialmente il beneficiario, non invece l'appartenente alla categoria sociale o economica, che pur non avendo presentato domanda di sovvenzione, possa vedersi riconosciuto un interesse legittimo a che siano osservate le regole di sovvenzione dei suoi competitori³¹.

La maggior tutela del cittadino non è intesa nel senso processuale di parità delle parti di alcuni anni più tardi, ma – direbbe Alberto Romano – si riferisce alla previa disciplina sostanziale dell'autonomia pubblica, ove la funzionalizzazione è elemento istituzionale costitutivo dell'esercizio dei pubblici poteri, che la distingue nettamente dall'autonomia privata e ancor prima dalle libertà di cui è espressione.

In particolare la proprietà privata, o l'iniziativa economica privata, oltre il limite radicale di un procedimento ablativo, sono libertà che – ove assurgano a attività di interesse economico generale – riescono a tollerare solo “obblighi di servizio pubblico” (art. 106 TFUE)³², ma che non giungono mai a configurare una funzionalizzazione delle scelte dell'im-

²⁹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 160.

³⁰ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 162.

³¹ Per tutti da ultimo: S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere [dir. amm.]*, voce *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2018; R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo)* in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, 468; R. VILLATA, *Interesse ad agire II) diritto processuale amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, 1.

³² Con la compensazione di un corrispettivo che talora rasenta il divieto di aiuti alle imprese.

prenditore o del proprietario, ma definiscono una conformazione dell'attività che comunque egli intende spontaneamente assolvere, a prescindere dai motivi egoistici o sociali che l'hanno indotto a svolgerla.

Anche nel servizio pubblico la funzionalizzazione all'interesse pubblico con relativo sindacato riguarda la non illogicità (eccesso di potere) delle scelte dell'amministrazione, cioè la correlazione tra fine di interesse pubblico in concreto definito con l'atto d'assunzione e il programma che definisce i mezzi per perseguirlo. Non sono invece funzionalizzate le scelte del gestore, il quale deve adempiere unicamente alla sua obbligazione verso gli utenti, conformandosi al programma di servizio pubblico.

Analogamente si può affermare che è proprio la diversa disciplina sostanziale degli atti nel diritto amministrativo e nel diritto civile a fondare la distinzione tra l'atto di sovvenzione e la donazione, essendo il secondo un atto di liberalità di cui non è possibile sindacare il rapporto tra il contenuto del contratto e il motivo voluto perseguire dal donante. Anche qualora si trattasse di un motivo lecito la correlazione tra contenuto e motivo del contratto non è sindacabile secondo la disciplina negoziale di diritto privato.

Al contrario per il per il diritto amministrativo ove è del tutto ordinario – attraverso il vizio di eccesso di potere – sindacare la correlazione mezzo fine.

Sennonché la qualificazione delle sovvenzioni come atto amministrativo non è derivata dallo scopo di interesse pubblico come causa del provvedimento amministrativo, mentre nei negozi diritto privato l'interesse della pubblica amministrazione può al più essere un motivo ulteriore che ha indotto questa a concludere il contratto³³.

La ragione è di teoria generale, poiché dall'autore non è condivisa la tesi che sia possibile identificare la causa dell'atto amministrativo nell'interesse pubblico³⁴, poiché: a) l'interesse pubblico è fuori dalla struttura dell'atto amministrativo, sicché è inidoneo a fornire una sua delimitazio-

³³ Si vedano le tesi ricordate di Ottaviano, Bodda, Acquarone, Cannada Bartoli, Pugliatti, in G. PERICU, *Le sovvenzioni*, cit.

³⁴ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 165, nt. 41 e spec. nt. 45; è l'inerenza della causa ai negozi di diritto privato a negarne una corretta estensione all'atto amministrativo, *ivi*, 168.

ne concettuale³⁵; b) la pubblica amministrazione persegue interessi pubblici anche con negozi di diritto privato³⁶; c) si può aggiungere ora anche con fatti giuridici come l'erogazione di servizi pubblici; d) la non funzionalizzazione del negozio di diritto privato nega normale in radice un sindacato per qualsiasi "motivo", sia esso di privato o di pubblico interesse.

4. *Differenze tra sovvenzioni, concessioni, accertamenti, abilitazioni.*

Se per altri alle sovvenzioni compete una *autorità* minore³⁷, l'autore ribadisce che le sovvenzioni sono atto che allargano la sfera giuridica del beneficiario, con attribuzione di una situazione giuridica favorevole nuova, di trasferimento di un diritto (di solito patrimoniale) dalla pubblica amministrazione al privato, di alienazione di diritti spettanti alla mano pubblica³⁸.

È criticata l'assimilazione delle sovvenzioni alle concessioni³⁹ e alle ammissioni. Se anche nelle prime la sfera giuridica del destinatario si arricchisce di un diritto soggettivo⁴⁰, la differenza si coglie nella disciplina del bene che ne è l'oggetto *possibile* nell'una e nell'altra: nelle concessioni si tratta di beni riservati alla esclusiva titolarità di soggetti pubblici (demaniali o del patrimonio indisponibile) mentre nella sovvenzione – stante l'effetto traslativo della titolarità – l'oggetto *possibile* sono beni del patrimonio disponibile⁴¹.

³⁵ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 168.

³⁶ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 166.

³⁷ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, Napoli, 1964, in quanto non si risolvono né in comandi, né in vincoli inderogabili per i destinatari, ma pongono sollecitazioni a comportamenti desiderati dall'amministrazione pubblica, come riflesso (o effetto) della preordinata vicenda giuridica (solitamente patrimoniale).

³⁸ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 184, 185.

³⁹ Si vedano le tesi ricordate A. AMORTH, R. ALESSI, G. CATALDI, in G. PERICU, *op. ult. cit.*

⁴⁰ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 186-187.

⁴¹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 192-193.

Le sovvenzioni si distinguono dalle ammissioni per l'effetto tipico delle prime che è l'attribuzione di un beneficio (pecuniario o di altro genere), distinguendosi dalla legittimazione delle ammissioni che ha come effetto l'assunzione del richiedente tra i soggetti che possono chiedere quel vantaggio ⁴².

È normale vedere affermato che le ammissioni hanno come effetto l'assunzione del singolo in una particolare istituzione-organizzazione, o semplicemente in una particolare categoria di persone, allo scopo di farlo partecipe di alcuni diritti o vantaggi o di alcuni servizi amministrativi ⁴³.

Per Pericu mentre per la sovvenzione come per le concessioni è rilevante il trasferimento dei diritti della pubblica amministrazione ai beneficiari, le ammissioni non hanno tale carattere ⁴⁴, ma l'immissione in una particolare istituzione-organizzazione che nelle sovvenzioni manca.

La distinzione tra accertamenti e sovvenzioni è colta nel carattere dei primi che sono manifestazioni di conoscenza che producono conseguenze giuridiche che discendono direttamente dalla norma e sono al di fuori della disponibilità del titolare del potere ⁴⁵, mentre le seconde restano tra i provvedimenti in senso proprio, che si sostanziano in manifestazioni di volontà di un soggetto, in cui è quest'ultima a determinare gli effetti dell'atto.

Sul piano critico si può affermare che oggi le concessioni amministrative non sempre hanno ad oggetto un bene che è parte del demanio o del patrimonio indisponibile della pubblica amministrazione, ove si ritenga – come appare preferibile – che l'oggetto possibile della concessione di servizio pubblico ⁴⁶ sia la domanda che si è rivolta spontaneamente alla pubblica amministrazione in anni di gestione *diretta o indiretta* del servizio

⁴² G. PERICU, *op. ult. cit.*, 195-196, il riferimento è agli effetti e non all'efficacia tipica definita dalla legge.

⁴³ Si vedano le tesi di G. F. AZZANO BINI in G. PERICU, *op. ult. cit.*, 260.

⁴⁴ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 202, 205-207.

⁴⁵ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 209.

⁴⁶ Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *L'oggetto e gli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *La Concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnolo Vigorita, Giuffrè, Milano, 1995 (Atti del Convegno di S. Margherita Ligure, 1993), Giuffrè, Milano, 1995, 187 s.

pubblico, mentre resta vero che di tale oggetto il concessionario non acquisisca mai la piena e libera disponibilità, dovendo conformarsi al programma di servizio pubblico, ma anche restituendo il bene concesso al termine della gestione.

Le sovvenzioni sono normalmente traslative di diritti soggettivi ad ottenere un bene che è un vantaggio *differenziale*, normalmente somme di danaro per le quali assumono rilevanza due diversi corpi normativi: la disciplina che sin dalla legge sulla contabilità di Stato l'amministrazione deve seguire per spendere danaro o altro bene, cui si aggiunge quella che regola la percezione del vantaggio da parte dei beneficiari.

5. *Il controlimite delle norme sui diritti costituzionali aventi ad oggetto le sovvenzioni.*

Nella disciplina sulla percezione delle sovvenzioni assume rilievo sia il divieto comunitario di aiuti alle imprese (art. 107 TFUE), sia la disciplina sull'attività di interesse generale (art. 106 TFUE), sia le regole sulla concorrenza, ma ancor più mi pare che ritornino con forza i principi e la disciplina costituzionale sui diritti e le altre posizioni soggettive costituzionalmente rilevanti, in ragione delle quali la disciplina sulle sovvenzioni va intesa anzitutto come "strumento giuridico" d'attuazione di precise norme costituzionali, di cui occorre ormai partitamente tenere conto⁴⁷.

Basti pensare alla recente disciplina dei *bonus* per la casa⁴⁸ o per le attività *green*, che rispettivamente si sostanziano in sovvenzioni oggetto del diritto fondamentale all'abitazione⁴⁹ (art. 31, Carta sociale europea; art. 34, Carta diritti fondamentali UE; art. 47, comma 2, Cost.) o per la tutela dell'ambiente (art. 9, Cost.) e con favore per uno sviluppo sostenibile (art. 41 Cost.)⁵⁰.

⁴⁷ Per tutti da ultimo: A. TRAVI, E. BRUTI LIBERATI, M. De FOCATIIS, *Gli aiuti di Stato*, cit., 6 s.

⁴⁸ AA.VV., *Superbonus e bonus edilizi*, Wolters Kluwer, Milano, 2022.

⁴⁹ Per l'abitazione come diritto inviolabile: Corte Cost., sentenza 9 giugno 2021, n. 128; Corte Cost., 9 marzo 2020, n. 44; Corte Cost., 25 febbraio 1988, n. 217.

⁵⁰ K. BOSSELMANN, *De principle of Sustainability. Transforming Law and Governance*,

Ancora di più. Diritto allo studio, alla salute, all'assistenza sociale, all'abitazione, la tutela del risparmio, ecc., si ergono come tanti *controlimiti* del nostro dettato costituzionale ai vincoli anche di carattere sovranazionale di cui non si vuole certo negare un – del pari – rilievo costituzionale (artt. 97 e 119 Cost.), ma che anch'essi necessitano di un bilanciamento.

Non mi riferisco ovviamente solo all'art. 34 Cost. o più in generale al principio di uguaglianza sostanziale, di cui alcuni articoli della legge generale sul procedimento amministrativo (art. 12) possono essere ritenuti d'attuazione, ma alla disciplina costituzionale di ogni diritto soggettivo o interesse legittimo che possa assumere le sovvenzioni, aventi ad oggetto non solo somme di danaro (es. *vaucher*), come uno degli strumenti di effettività dei medesimi e dell'intero assetto costituzionale, comprensivo di tutte le sue articolazioni.

Routledge, London, 2008, 64; T. GROPPI, *Sostenibilità costituzione: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2016, 43 s.; A. MOLITERNI, *Posizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo*, in *Riv. dir. comp.*, 2022, 395 s.; S. PETRABISSI, *Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito*, in *Riv. Ibérica de direito*, 2020, 133 s.

PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Marcello Clarich

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Principio di eguaglianza e azione amministrativa. – 3. Il momento partecipativo.

1. *Premessa.*

Prima di trattare il tema della rilevanza del principio di eguaglianza nell'attività della pubblica amministrazione sia consentito richiamare gli interventi introduttivi del Prof. Fabio Roversi Monaco e del mio maestro, Prof. Fabio Merusi. I due insigni maestri, insieme al Prof. Giuseppe Pericu, costituirono la terna che nel 1967 ottenne la libera docenza in diritto amministrativo. Ho sempre avvertito da parte del Prof. Pericu un atteggiamento di benevolenza e simpatia nei miei confronti che, in realtà, ho riscontrato in varie occasioni anche da parte del Prof. Roversi Monaco. È probabile, altresì, che la famosa terna, composta da quelli che sarebbero diventati punti di riferimento indiscussi del diritto amministrativo, abbia avuto per propagazione riflessi benefici nei confronti dei rispettivi allievi, tra i quali si è instaurato e perdura un ottimo rapporto personale.

La scelta del tema "*Principio di eguaglianza e pubblica amministrazione*" è stata anzitutto il frutto di un confronto con Margherita Ramajoli, anche perché all'interno dell'opera scientifica di Pericu si tratta di un saggio breve che potrebbe apparire addirittura marginale¹. In realtà il saggio

¹ G. PERICU, *Uguaglianza e Pubblica Amministrazione*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*,

merita di essere analizzato anche perché riflette le esperienze dallo stesso maturate fino al 2008, anno di ritorno alla accademia in senso proprio, subito dopo la lunga parentesi come sindaco di Genova e, prima ancora, come parlamentare.

Il saggio riprende l'intervento svolto nell'ambito di un convegno organizzato nel 2009 dall'Università degli studi di Milano-Bicocca dedicato al principio di uguaglianza nei vari ambiti disciplinari come il diritto costituzionale, penale, civile, commerciale e amministrativo.

Nel lavoro emerge quello che sembra essere un filo conduttore dell'intera opera scientifica di Pericu e cioè l'idea che le esperienze amministrative e le capacità ricostruttive dello studioso si uniscono e si fondono in modo armonico sotto forma di visione strategica, concretezza, pragmatismo, e rifiuto di mere astrazioni teoriche.

Non a caso, secondo Pericu, la verifica del concreto rispetto delle ragioni dell'eguaglianza *“deve essere effettuata nei confronti di ciascuna singola fattispecie e non può in alcun modo disporsi in astratto facendo ricorso ad aprioristiche categorie”*² e ciò in ragione del fatto che le situazioni che si presentano nella vita sociale ed economica sono molteplici e variegate e il decisore pubblico deve poter individuare la soluzione corretta per ciascuna di esse.

Nella parte finale del saggio Pericu si pone anche l'interrogativo di che cosa si debba intendere per pubblica amministrazione ai fini dell'applicazione del principio di uguaglianza osservando che ormai anche soggetti formalmente privati, come per esempio i concessionari di pubblici servizi, a certe condizioni e secondo un'impostazione sostanzialista fatta propria anche dalla giurisprudenza amministrativa, devono rispettare regole e principi di tipo pubblicistico, tra i quali appunto il principio di uguaglianza.

Il pragmatismo e l'attenzione al risultato propria di un bravo amministratore emerge anche con riguardo al tema della partecipazione al procedimento e alle varie forme di dibattito pubblico. Infatti, pur muovendo dal presupposto che la partecipazione sia in qualche modo correlata al

Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca, a cura di M. CARTABIA, T. VETTOR, Giuffrè, Milano, 2009, 189-198.

² P. 956.

principio di eguaglianza, nel senso che l'amministrazione in sede istruttoria debba identificare e coinvolgere su un piano di tendenziale parità tutti i portatori di interessi rilevanti nella fattispecie concreta, essa non può protrarsi oltre un tempo ragionevole, magari nel tentativo di conseguire l'unanimità dei consensi. Infatti, a un certo punto, il decisore pubblico deve prendersi la responsabilità di individuare la soluzione migliore necessaria per conseguire l'obiettivo. Secondo Pericu, sussiste una "*assoluta improrogabile necessità di individuare un limite di tempo in cui la partecipazione può esplicarsi*"³. Rientra anzi nell'etica del pubblico amministratore "*assumere sollecitamente le decisioni di propria competenza*". A questa impostazione si contrappone, com'è noto, quella della cosiddetta burocrazia difensiva, cioè degli amministratori e dirigenti che nel timore di incappare in responsabilità personali tendono a evitare in ogni modo di deliberare anche nel tentativo illusorio di ricercare "*un consenso generale sui contenuti della decisione*"⁴.

Non solo, ma la decisione – anche questo è un aspetto che nasce sicuramente dall'esperienza di amministratore pubblico – non è mai il frutto di valutazioni meramente tecniche. Pericu ritiene cioè, sulla scia di Max Weber, che "*la sola ragione non possa condurre a decisioni univoche e occorra invece la forza della volontà*"⁵ e questo perché la sola razionalità non porta mai a decisioni univoche e occorre invece che operi anche un elemento volontaristico funzionale al perseguimento degli obiettivi di politica amministrativa che si vogliono programmaticamente perseguire. L'amministrazione deve certamente acquisire nella fase istruttoria tutti i dati tecnici disponibili e operare un'analisi costi-benefici, ma ciò costituisce soltanto, secondo Pericu, "*la base di ogni possibile scelta*". In ogni caso sarebbe errato ritenere che "*l'analisi tecnica delle opzioni possibili conduca a scelte univoche*". In definitiva il decisore pubblico ha un obiettivo di politica amministrativa e a un certo punto deve sciogliere le opzioni e assumersi la responsabilità della decisione.

³ P. 950.

⁴ P. 951 anche per la precedente citazione nel testo.

⁵ P. 951.

2. Principio di eguaglianza e azione amministrativa.

Venendo più specificamente al tema dell'eguaglianza, il saggio inizia la trattazione menzionando ma scartando le opzioni interpretative più ovvie.

Infatti, in negativo, Pericu chiarisce che non tratterà della posizione di terzietà della pubblica amministrazione e, ad esempio, del conflitto di interessi che può portare a una deviazione rispetto al principio di parità di trattamento. Dedicando poco più di un cenno alla disparità di trattamento, secondo la nota figura dell'eccesso di potere, pur indicando gli ambiti nei quali la disparità di trattamento può emergere: l'accesso ai pubblici impieghi, la *par condicio* tra le imprese che partecipano a una procedura a evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un contratto e, in forma più moderna, anche l'accesso ai mercati. Infatti, in presenza di situazioni monopolistiche o di posizioni dominanti dev'essere garantita la parità concorrenziale. E qui il saggio di Pericu si riallaccia alle considerazioni che si possono svolgere ponendosi dal punto di vista del diritto commerciale con riguardo all'obbligo a contrarre del monopolista "*osservando la parità di trattamento*" (art. 2598 c.c.).

In ogni caso, nelle decisioni amministrative discrezionali – si pensi in particolare al regime di autorizzazioni e concessioni delineato dalla cosiddetta direttiva servizi n. 123/2006/UE – devono essere garantite le condizioni di parità a chi mira a intraprendere un'attività di tipo economico, specie in presenza di risorse scarse che l'amministrazione è tenuta ad allocare su base competitiva garantendo appunto la *par condicio*.

La parte *construens* del saggio prende le mosse da una riflessione che è in gran parte originale. Pericu muove dall'idea ben nota che la pubblica amministrazione, a differenza del giudice, cura un proprio interesse pubblico. Essa dunque non è equidistante da tutti gli interessi in gioco ma, come da tempo hanno chiarito gli studi sulla discrezionalità a partire da quelli di Massimo Severo Giannini, è portatrice dell'interesse pubblico primario. La pubblica amministrazione, pur dovendo mantenere una posizione di equidistanza rispetto agli interessi privati coinvolti nel cosiddetto contraddittorio orizzontale e dovendo dar un rilievo adeguato agli interessi pubblici secondari, ha un proprio interesse da curare.

Non solo, la pubblica amministrazione deve ispirare la propria azione al principio di eguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, comma 2, Cost. e in molti casi assumere decisioni che vanno contro l'eguaglianza formale

che invece trova riscontro nell'art. 3, comma 1, Cost. Secondo Pericu, la pubblica amministrazione interviene dunque nel vivo della società e “*si pone come elemento di rottura di situazioni consolidate per il raggiungimento del pubblico interesse*” e ciò può determinare “*un contrasto, al limite logico, tra azione amministrativa ed eguaglianza*”⁶.

L'art. 3 Cost. sembra avere infatti un doppio risvolto: da un lato promuove l'eguaglianza (comma 1) vietando le discriminazioni sulla base del sesso, della razza, delle opinioni politiche, ecc.; dall'altro consente a certe condizioni l'ineguaglianza per rimuovere gli ostacoli che si frappongono al raggiungimento dell'obiettivo dell'eguaglianza sostanziale (comma 2). Il ciclo si chiude però, a conclusione di un moto per così dire dialettico, nel raggiungimento di una nuova parità che è la pari dignità delle persone. Tutto ciò è sotteso al ragionamento di Pericu secondo il quale l'amministrazione, nel perseguire l'interesse pubblico del quale è depositaria, può, nei casi in cui sussista una copertura legislativa, privilegiare alcuni interessi e sacrificarne altri che potrebbero apparire altrettanto meritevoli.

Allora, se come risultato dell'azione amministrativa può emergere anche un “momento” di diseguaglianza per effetto dell'azione amministrativa, si pone la questione relativa a come si possano recuperare le ragioni dell'eguaglianza. Secondo Pericu tali ragioni devono essere verificate nello spazio discrezionale dell'azione amministrativa lasciato libero dalla legge attraverso un processo decisionale partecipato che, come noto, si articola nelle tre fasi della individuazione degli interessi, della valutazione degli interessi e della decisione.

3. *Il momento partecipativo.*

In questo contesto è fondamentale – come già sottolineato – il momento della partecipazione che Pericu colloca in primo piano come strumento per dare voce uguale agli interessi rilevanti nel procedimento amministrativo e che ancora non trova, come sarebbe invece auspicabile, una disciplina adeguata introdotta invece da tempo in altri ordinamenti⁷.

⁶ P. 947.

⁷ All'epoca del saggio di Pericu mancava in particolare una disciplina generale del dibattito pubblico oggi disciplinato dal d.p.c.m. 10 maggio 2018, n. 76.

Anche in questo caso, l'esperienza di amministratore mette al riparo Pericu da visioni idealizzate degli strumenti partecipativi, il quale anzi osserva come, a volte, *“si assiste a un proliferare disordinato e convulso di aggregazioni – frequentemente denominati comitati – che si fanno portatrici di interessi che chiedono di essere presenti nel farsi della decisione amministrativa”*⁸.

Inoltre, come già osservato, la partecipazione non può rappresentare un ostacolo alla decisione. Gli interessi devono essere predefiniti e devono essere rispettati i tempi della decisione secondo le note norme della legge 7 agosto 1990, n. 241 sul termine di conclusione del procedimento.

Un ultimo accenno può essere dedicato ancora all'ambito di applicazione del principio di eguaglianza e del momento partecipativo secondo l'atteggiamento sostanzialistico che permea l'intero saggio. Non solo non rileva, come già chiarito, la natura formalmente amministrativa del soggetto preposto alla decisione, ma non costituisce neppure un fattore discriminante la forma giuridica della decisione, cioè l'atto unilaterale o l'accordo *ex art.* 11 della legge n. 241/1990. Infatti, secondo Pericu, conta soprattutto che possa determinarsi una *“lesione di posizioni terze”* discendenti in via diretta o indiretta dalla decisione⁹. Se invece si è in presenza di semplici prestazioni amministrative al singolo fruitore che non incidono negativamente su altri potenziali fruitori non si pone un problema della partecipazione, quanto piuttosto quello della garanzia del contraddittorio nel caso di diniego della prestazione.

In definitiva, il saggio di Pericu nel trattare il tema dell'eguaglianza riferito alla pubblica amministrazione assume una prospettiva originale che opera connessioni non scontate, come quella riferita alla partecipazione al procedimento che da buon amministratore, oltre che studioso, ritiene fondamentale pur mettendone in chiaro alcuni limiti.

Sia consentito concludere con un ricordo personale. Giuseppe Pericu proveniva da Genova, una delle repubbliche marinare, ma amava anche la montagna. Mi capitò un'estate di incontrarlo casualmente in Engadina e di scambiare qualche battuta. Un incontro per così dire *out of context*, ma in un bellissimo contesto.

⁸ P. 949.

⁹ P. 956.

LE AUTONOMIE TERRITORIALI

Erminio Ferrari

SOMMARIO: 1. Alla ricerca delle autonomie territoriali. – 2. Sindaco e conferenza strategica. – 3. Giurista ed amministratore.

Il tema delle autonomie territoriali occupa un posto particolare nella riflessione e nell'opera di Giuseppe Pericu.

La materia è infatti oggetto innanzitutto della Sua ricerca giuridica in un periodo che va dall'inizio degli anni settanta all'inizio degli anni novanta del secolo scorso. Sono gli anni nei quali il legislatore ordinario si muove alla realizzazione del sistema di amministrazione territoriale delineato dalla Costituzione del 1948 e getta le fondamenta dell'assetto che, non senza alcune modificazioni, abbiamo tuttora. Ci si muove dall'attivazione delle Regioni a statuto ordinario (legge 16 maggio 1970, n. 281) per arrivare al superamento dell'obsoleto testo unico della legge comunale e provinciale (r.d. 3 marzo 1934, n. 383) con l'approvazione della legge sull'"Ordinamento delle autonomie locali" (legge 8 giugno 1990, n. 142). Qui l'impostazione della riflessione di Pericu è quella classica degli studi giuridici: punto di partenza sono i testi di legge, si riflette sulla loro interpretazione, ci si interroga su problemi e possibili soluzioni della loro applicazione. Sono i percorsi propri dell'attività giuridica (§ 1).

Con l'inizio degli anni novanta anche gli interessi di Pericu mutano, almeno in parte. Il crollo del sistema dei partiti che aveva retto le istituzioni fino ad allora, i mutamenti ai quali si assiste in sede internazionale sembrano suggerire un nuovo ruolo per i "tecnici" nella vita delle istituzioni. Molti esperti, studiosi, universitari sentono l'esigenza di affiancare il loro lavoro di studio e ricerca ad un impegno diretto nella gestione

pubblica. Anche Pericu segue questa suggestione con un'esperienza politica in due tempi. Dapprima come parlamentare a livello nazionale, poi come Sindaco del Comune di Genova. Naturalmente nello svolgimento di questo ruolo Pericu promuove iniziative e ottiene risultati che vanno ben oltre la riflessione giuridica. Ma è inevitabile che in questa attività si riflettano considerazioni ed opinioni di notevole interesse giuridico (§ 2).

Infine c'è un terzo momento nel quale, concluso l'impegno istituzionale, Pericu riflette sulla sua esperienza di giurista e di amministratore con considerazioni particolarmente rilevanti proprio per le autonomie territoriali (§ 3).

1. Alla ricerca delle autonomie territoriali.

Giuseppe Pericu non ci ha lasciato uno scritto di carattere generale sulle autonomie territoriali, sulla nozione di fondo della figura, sugli aspetti costituzionali di queste istituzioni. La Sua riflessione si appunta invece su specifici aspetti della materia.

Nel primo scritto che possiamo ricordare in questo contesto Pericu analizza come gli Statuti delle Regioni a statuto ordinario, allora appena approvati, riprendessero l'idea di "programmazione" e ne prevedessero l'utilizzazione nella vita delle nuove figure di autonomie territoriali¹. La "programmazione" era uno dei temi centrali del dibattito politico, economico ed istituzionale di quegli anni. Essa doveva la sua affermazione a quella apertura del sistema politico e ad un ordine concettuale di "centro-sinistra" che aveva messo capo, tra l'altro, proprio all'attivazione delle Regioni a statuto ordinario previste ormai più di vent'anni prima dalla Costituzione. La programmazione avrebbe dovuto diventare il nuovo modo di operare di tutta la pubblica amministrazione, e la sua affermazione presso le nuove autonomie territoriali, avrebbe dovuto costituire il punto di avvio della riforma di tutta la pubblica amministrazione.

Pericu sottolinea come la programmazione sia essenzialmente un me-

¹ G. PERICU, *La programmazione negli Statuti regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, ora in ID., *op. ult. cit.*, 193 ss.

todo, ne mette in luce lo stretto legame con la partecipazione, discute il rapporto tra programmazione nazionale e programmazione regionale, approfondisce la specificità della programmazione regionale, analizza i possibili diversi tipi di piano, ripercorre il meccanismo di formazione dei piani, la loro approvazione, la loro operatività. Ma la concretezza di questa analisi porta l'Autore alla convinzione – posta anzi all'esordio stesso del saggio – secondo la quale allo stato normativo allora vigente “era ed è ancora da determinare che cosa sia e quali contenuti possa assumere ed assuma la programmazione”². L'analisi del giurista si ferma davanti alle scelte non fatte, ai contenuti non determinati. Rileggendo queste righe a tanti anni di distanza non si può non pensare che il cattivo esito dell'esperienza della programmazione sia dovuta anche a questi problemi iniziali.

Quattro anni dopo Pericu pubblica un'analisi di un'altra figura centrale dell'amministrazione territoriale abbozzata dalla Costituzione del 1948, la delega di funzioni amministrative dalle Regioni a Comuni, Province ed altri enti locali che secondo l'art. 118, terzo comma, Cost. nel testo allora vigente avrebbe dovuto costituire lo strumento “normale” di esercizio delle funzioni amministrative regionali.

Questo testo è intitolato “La delega delle funzioni in materia urbanistica”³, ma al lettore non può sfuggire come la prima decina di pagine siano dedicate ad un'analisi della delega in questione da un punto di vista generale. Al proposito Pericu contesta decisamente la visione di questa delega come “un'ipotesi di modificazione dell'ordine delle competenze che si realizza con la scissione del potere riservandone al delegato il mero esercizio e mantenendone la titolarità nel soggetto delegante”⁴ e ne sostiene una concezione più ampia che vede nella delega “uno strumento assai utile per un riassetto delle funzioni amministrative a livello locale”⁵.

² Così in *op. ult. cit.*, 194.

³ G. PERICU, *La delega delle funzioni in materia urbanistica*, in *Amministrare*, 1975, ora in ID., *Scritti scelti*, cit., 303 ss.

⁴ G. PERICU, *op. loc. ult. cit.*

⁵ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 314. Interessante nel contesto del dibattito del tempo il riferimento al “modello” delle Comunità montane (p. 311) ed alla figura del comprensorio (p. 312).

Ma le speranze di un effettivo riassetto delle funzioni erano destinate a rimanere deluse, innanzitutto nei rapporti tra Stato e Regioni, e Pericu ne prende francamente atto in uno scritto di appena due anni dopo⁶.

In questa analisi oggi interessano forse meno i singoli dati legislativi che fondano la conclusione negativa riferita, ed è invece importante sottolineare una considerazione d'insieme relativa agli strumenti ed ai metodi dei quali dispone l'analisi giuridica per interpretarli. Pericu afferma infatti che "la tematica della ripartizione delle competenze per materie, la distinzione tra normativa di principio e di dettaglio, la funzione di indirizzo e coordinamento, la esclusività delle funzioni amministrative regionali trasferite, la schematizzazione di specifici e delimitati rapporti di collaborazione, la stessa distinzione tra funzioni amministrative proprie e funzioni amministrative delegate appaiono immediatamente come chiavi di lettura non sufficienti (o non corrette?) per razionalizzare e descrivere la realtà dei rapporti complessi e articolati che la legislazione statale ha considerato in questo periodo"⁷.

Al lettore non sfugge che da allora le norme vigenti sono mutate, mentre gli strumenti concettuali sono rimasti gli stessi. È mutato lo stesso dato costituzionale, in particolare con la riscrittura del Titolo V della Parte seconda della Costituzione ad opera della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 1. Ma le innovazioni tanto costituzionali quanto legislative sono tuttora in larga parte basate sugli ordini nozionali che sembravano a Pericu insufficienti circa un quarto di secolo fa'. Chi richiami alla memoria le difficoltà che hanno caratterizzato e caratterizzano anche l'attuazione della versione 2001 del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, non può non rimpiangere che quel monito di Pericu non abbia ricevuto maggiore attenzione.

Gli anni dell'attuazione della versione originale del Titolo V della Parte seconda della Costituzione mettono capo nel 1990 all'approvazione della legge sull'"Ordinamento delle autonomie locali" (legge 8 giugno 1990, n. 142). Alla sua interpretazione già l'anno successivo Pericu con-

⁶ G. PERICU, *Amministrazione statale e regionale nella recente legislazione statale*, in *Le Regioni tra Costituzione e realtà politica*, Torino, 1977, ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009, 321 ss.

⁷ G. PERICU, *op. loc. ult. cit.*

tribuisce con un'analisi delle norme sull'area metropolitana⁸, nella quale approfondisce con attenzione le questioni relative alla delimitazione dell'area, alle prospettive relative alla Provincia, all'attribuzione delle funzioni, al ruolo delle amministrazioni comunali.

Anche qui i dati di partenza ed il contesto sono oggi profondamente modificati. Preme però mettere in luce due aspetti comuni a questi quattro lavori.

Da un lato da essi emerge l'assoluta fedeltà di Pericu al dato normativo. L'analisi delle norme è il tema centrale dell'attenzione di Pericu, che non vi sostituisce mai una visione o una concezione propria. Punto di riferimento è piuttosto la situazione di fatto alla quale la norma va applicata, le esigenze ed i problemi che da una determinata normativa attendono risposte. Dall'altro la precisa rilevazione dell'insufficienza delle soluzioni normative emerse in quegli anni è ricollegata senza esitazione all'insufficienza delle nozioni giuridiche utilizzate allo scopo. Basta rileggere il passo appena sopra citato: le idee sottese alle riforme di quegli anni risultano inadeguate "per razionalizzare e descrivere la realtà dei rapporti complessi e articolati" propri delle autonomie territoriali nel mondo contemporaneo⁹.

Al di là del dato normativo, l'attenzione di Pericu si concentra sulla realtà dei rapporti sociali. E questa impostazione non è certamente estranea al mutamento di impostazione dell'attività del nostro Autore al quale assistiamo negli anni successivi.

2. *Sindaco e conferenza strategica.*

Nel corso degli anni novanta l'attività principale di Pericu diviene l'attività politica. Rimangono i legami con il mondo universitario e quello forense, continuano gli studi scientifici, ma Pericu si dedica ora essenzialmente alla politica.

In realtà la dimensione politica è sempre stata presente nell'operato di

⁸ G. PERICU, *Le aree metropolitane*, in *Quaderni regionali 1991*, ora in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009, 665 ss.

⁹ G. PERICU, *op. loc. cit. supra* alla nt. 7.

Giuseppe Pericu. In un testo autobiografico pubblicato nel 2022 su un periodico genovese¹⁰, è Pericu stesso a descriverci come il suo orientamento sia passato da socialismo riformista, a social democrazia, a liberal socialismo in relazione alle mutate situazioni economiche e sociali, in una ricerca di “soluzioni che salvaguardassero ... libertà ed eguaglianza”¹¹. Negli anni novanta questa sensibilità si traduce in intervento diretto.

Registriamo due momenti. Nel 1994 Egli viene eletto alla Camera dei deputati. È una legislatura che dura appena due anni nella quale, tra l'altro, Pericu opera nella Commissione per la riforma del settore radiotelevisivo presieduta da Giorgio Napolitano. Non fu un'esperienza felice. La logica del lavoro parlamentare e del sistema dei partiti che lo impronta contrasta con la ricerca di soluzioni legislative basate su considerazioni ponderate e razionali. La predisposizione di testi normativi coerenti e articolati deve cedere il passo alle soluzioni “politiche”, concordate tra i vertici delle varie forze politiche. Alle elezioni indette per una nuova legislatura Pericu non si candida.

Ma si apre un'altra prospettiva: alle elezioni amministrative del novembre 1997 si candida a Sindaco di Genova con il sostegno di una coalizione di centro-sinistra, accede al ballottaggio ed è eletto Sindaco. Nel 2002 viene nuovamente eletto, direttamente al primo turno, con il 60,03% dei voti.

L'opera di Giuseppe Pericu come sindaco presenta inevitabilmente aspetti diversi e può essere oggetto di valutazioni diverse, che trascendono i confini di questa riflessione. Ciò che interessa mettere in luce è un'iniziativa di carattere istituzionale che – al di là delle diverse iniziative allora in essere o in programma – è specificamente dovuta alla Sua volontà ed è indubbiamente tra gli elementi che hanno consentito di raggiungere i risultati ottenuti nel corso dei Suoi due mandati.

Ci si riferisce alla “Conferenza strategica” ed al “Piano per la città” al quale essa mise capo. La Conferenza strategica furono tre giorni di dibattito sulla situazione, i problemi della città e gli interventi che l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto svolgere. La prima giornata, il 12 maggio 1999, fu imperniata sulla Relazione introduttiva dello stesso Sin-

¹⁰ *La città. Giornale di società civile*, n. 20, novembre 2022, *Speciale Beppe Pericu*.

¹¹ G. PERICU, *Capitalismo e riformismo (una vicenda personale)*, in *La città. Giornale di società civile*, cit., 6 ss.

daco. Seguirono il giorno successivo le sessioni dedicate alla cultura e al turismo, alla solidarietà e all'educazione ed infine allo sviluppo. Nella giornata conclusiva la quarta sessione affrontò i problemi del territorio, la quinta quelli della città portuale e del territorio per mettere capo alle conclusioni del Sindaco.

Per ciascuna sessione venne presentata una Relazione introduttiva predisposta dalla Giunta comunale e si tennero poi una serie di interventi di esperti appositamente richiesti di fornire l'apporto delle loro conoscenze ed esperienze.

Abbiamo dunque una serie di proposte della Giunta alla città che vengono sottoposte a discussione per arrivare a formulare un "Piano della città" per i successivi dieci anni¹².

L'ampiezza della materia e il numero e la complessità dei temi affrontati non consentono di dare una valutazione complessiva della "Conferenza strategica" e del conseguente "Piano della città" e qui si desidera semplicemente svolgere alcune considerazioni su queste due figure. "Conferenza strategica" e "Piano della città" non erano, e non sono, previsti dalla legislazione e non hanno una precisa efficacia giuridica. Esse corrispondono all'esigenza non solo di predisporre un programma di azione all'amministrazione comunale, ma di offrire un "termine di riferimento per tutta la comunità nelle sue varie articolazioni"¹³.

Va sottolineato che la Conferenza è del maggio 1999 mentre il nuovo Sindaco, ed il nuovo Consiglio comunale, erano stati eletti nel novembre 1997: circa un anno e mezzo era stato necessario per ricomporre in un quadro unitario e coerente i vari progetti, piani, programmi ereditati dalle Amministrazioni precedenti o varate dalla nuova Amministrazione. Del resto la nuova proposta non consiste di generiche enunciazioni e indicazioni di massima, ma specifica obiettivi ed iniziative concrete. E su di esse chiede l'intervento della cittadinanza in generale e di esperti dei singoli settori dall'altro.

Coerente con tutto ciò è il fatto che l'orizzonte temporale al quale si riferisce la Conferenza è di dieci anni. Non abbiamo né l'efficacia (alme-

¹² Sull'intera esperienza v. G. PERICU, *Genova cambia*, in *La città. Giornale di società civile*, cit., 14 ss.

¹³ Così G. PERICU, *op. loc. ult. cit.*

no teoricamente indeterminata) del più classico dei “piani” della nostra legislazione, e cioè il Piano regolatore generale, né la cadenza quinquennale propria dell’operato di un Sindaco e di un Consiglio, né le altre scadenze previste da singole norme per singoli piani¹⁴. La Conferenza muove dalla consapevolezza che i grandi processi di trasformazione delle nostre città hanno tempi lunghi e che spesso le scelte di una determinata Amministrazione sono condizionate in modo assai penetrante da quelle assunte da precedenti Amministrazioni. Non è possibile ricominciare tutto da capo ogni cinque anni (ed a volte meno). Ignorarlo significa condannare all’inefficacia la propria azione e subire più o meno inconsapevolmente quanto altri hanno deciso.

I progetti che la Giunta Pericu propone alla città di Genova intendono costituire elemento di riferimento per uno sviluppo che va al di là dell’arco temporale del suo mandato. Anche qui non vi è dubbio che emerge la capacità di Pericu di guardare ai problemi che stanno oltre il dato normativo (o che sono causati proprio dal dato normativo), cercarne un rimedio, proporre una soluzione.

3. *Giurista ed amministratore.*

Il 24 ottobre 2005 l’Università di Bologna attribuisce a Giuseppe Pericu la laurea honoris causa in Giurisprudenza. Per la lezione magistrale pronunciata in quell’occasione Egli sceglie il tema “Esperienze di un amministratore giurista. Brevi note”¹⁵. In questa riflessione si intrecciano due serie di considerazioni.

Da un lato, anche in omaggio alla sede universitaria presso la quale si tiene la cerimonia, e cioè la “Scuola di perfezionamento in scienze dell’amministrazione” appunto dell’Università di Bologna, Egli si interroga su quale preparazione sia idonea a gestire pubbliche amministrazioni, ed in particolare se lo sia la preparazione giuridica. Dall’altro Egli riprende

¹⁴ Sulla necessità e le caratteristiche di “un piano della città, un piano strategico di sviluppo” v. poi anche G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista. Brevi note*, in ID., *Scritti scelti*, Milano, 2009, in part. 936-939.

¹⁵ G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista. Brevi note*, cit., 927 ss.

inevitabilmente la Sua esperienza e, dopo aver avviato il discorso sulla pubblica amministrazione in generale, concentra l'attenzione sull'amministrazione comunale.

In ambedue le direzioni il tono dominante sembra negativo, pessimista: per un verso la preparazione giuridica non è adeguata a "percepire e descrivere completamente una realtà caratterizzata da un insieme di esigenze, istanza e progetti assai differenziati tra di loro"¹⁶; per altro verso il "concetto di autonomia ... sembra voler indicare che tali enti godono di spazi di libertà in cui possono assumere un proprio indirizzo politico-amministrativo, volto a soddisfare le esigenze della collettività che amministrano, e nel contempo hanno la concreta possibilità di dare a tale indirizzo specifica attuazione ... Nella realtà così non è"¹⁷.

Tuttavia l'amarezza di queste considerazioni è stemperata dallo svolgimento del discorso. Sotto il profilo della preparazione degli amministratori pubblici Egli valuta positivamente i tentativi di "integrare pienamente la preparazione giuridica con quella socio-economica"¹⁸. Quanto all'adeguatezza dell'amministrazione comunale Egli ritiene che "il piano strategico, il piano regolatore sociale, l'acquisizione del consenso, le esternalizzazioni fanno chiaramente intendere come vi sia uno spazio ampio in cui un'amministrazione può inserirsi positivamente"¹⁹.

Sono le indicazioni che Pericu trae dalla Sua esperienza e che affida a chi "compete l'obbligo dei necessari approfondimenti e delle conseguenti razionalizzazioni"²⁰.

¹⁶ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 928.

¹⁷ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 930.

¹⁸ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 943.

¹⁹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 944.

²⁰ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 942.

L'ATTIVITÀ DI DIRITTO PRIVATO
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.
(NEL PENSIERO DI GIUSEPPE PERICU)

Guido Greco

SOMMARIO: 1. Capacità giuridica di diritto privato e pubblica amministrazione. – 2. L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. – 3. I contratti ad evidenza pubblica.

1. Capacità giuridica di diritto privato e pubblica amministrazione.

Il contributo di Giuseppe Pericu sul tema dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione è stato notevolissimo e determinante. Infatti non solo si è occupato di varie manifestazioni di attività privatistiche dell'amministrazione, ma anche ha risolto *in apicibus* il nodo dommatico fondamentale, costituito dalla capacità della pubblica amministrazione nel campo del diritto privato e le acquisizioni raggiunte costituiscono la chiave di volta dei rapporti tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato (generale o speciale che sia), che per l'innanzi era ben diversamente sistematizzato.

Non bisogna dimenticare infatti che fino all'epoca dell'entrata in vigore della nostra Costituzione (ed anche nel decennio immediatamente successivo) era prevalente la tesi che il diritto pubblico fosse la regola dell'operare della pubblica amministrazione. La quale viceversa sarebbe stata dotata di capacità limitata nel campo civilistico, con conseguenze varie a cominciare dalla presunzione dell'inquadramento di istituti dubbi (soprattutto quelli, che ora definiremmo di diritto privato speciale) nell'ambito diritto pubblico anziché in quello del diritto privato.

Infatti, se il diritto pubblico era la regola degli atti dell'Amministra-

zione, l'attività sottoposta al regime privatistico non poteva che essere l'eccezione. Con l'ulteriore conseguenza che, in mancanza di disposizioni che consentissero una qualificazione certa degli atti in termini privatistici, si riteneva di dover concludere nel senso che quegli atti fossero atti amministrativi, assoggettati alle regole e ai principi pubblicistici.

In altri termini detta presunzione del "naturale" carattere pubblicistico dell'attività – globalmente intesa – della Pubblica Amministrazione conduceva a conclusioni ritenute sicure almeno tutte le volte in cui il singolo fenomeno giuridico non poteva trovare adeguata e puntuale sistemazione nelle comuni discipline privatistiche. Nell'ambito dell'attività di diritto privato (o, meglio, sfociante in atti di diritto privato) ogni disciplina particolare, prevista per la Pubblica Amministrazione e non perfettamente corrispondente a quella codicistica, conduceva, dunque, ineluttabilmente ad una qualificazione in termini pubblicistici.

Giuseppe Pericu ha capovolto tale impostazione sulla base della considerazione che il sistema ordinario di immissione di un soggetto non persona fisica nell'ambito degli istituti disciplinati dal diritto privato è costituito dalla personalità giuridica. Ed ha sviluppato detta impostazione nell'ulteriore constatazione che, nel nostro ordinamento, la persona giuridica ha pienezza (almeno tendenziale) di capacità giuridica di diritto privato, nonché di capacità d'agire, che l'Autore spiega in termini di imputabilità degli atti.

Ne deriva che agli enti pubblici, in quanto persone giuridiche, non può non essere riconosciuta – almeno in linea di principio e in via tendenziale – una piena capacità giuridica di diritto privato, oltre che una altrettanto piena capacità d'agire, che l'Autore spiegava in termini di imputabilità degli atti. Con l'ulteriore conseguenza che ogni limitazione alla capacità generale di diritto privato non può che emergere dal diritto positivo e non potrà che derivare da un'apposita disciplina di specie, derogatoria rispetto a quella di genere, di cui si è detto.

Scriveva Pericu nel suo fondamentale saggio *"Note in tema di diritto privato della pubblica amministrazione"*, in annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova, anno 1966, che *"per quanto attiene alla possibilità, per la persona giuridica, di essere centro di imputazione di conseguenze giuridiche (cioè, con altra terminologia, per quanto attiene alla capacità giuridica), sembra esatto ritenere che sia stato impiegato lo schema che comporta la possibilità di imputazione di tutte le conseguenze giuridiche astrattamente ipotizzabili ..."*

Una limitazione espressa rispetto a determinati tipi di atti, in altri termini l'affermazione di una capacità speciale, assumerebbe il significato di derogà al sistema scelto del legislatore. Non sembra possibile sostenere l'esistenza di una simile profonda deviazione dello schema normale in assenza di precise disposizioni normativa in tal senso".

Alle stesse conclusioni il nostro Autore è pervenuto per quel che concerne le persone giuridiche pubbliche. E al riguardo faceva valere il seguente sillogismo: *"siccome l'immissione di un soggetto persona giudica nel sistema dei fenomeni disciplinati dal diritto privato avviene (almeno nel nostro ordinamento) secondo lo schema ipotizzato precedentemente, anche ove tale soggetto debba essere qualificato come pubblico, lo schema di immissione, in carenza di disposizioni espresse che diversamente stabiliscano (sia imponendo l'applicazione di altro schema, sia apportando limitazioni particolari allo schema normale), sarà necessariamente del tutto identico"*.

E così concludeva: *"contrariamente a quanto ritenuto da parte della dottrina, non sussiste nel nostro ordinamento un principio di specialità (incidente sulla capacità e sulla legittimazione), che troverebbe applicazione limitatamente alle persone giuridiche pubbliche, determinando l'invalidità dell'atto di diritto privato, che si ritenga in contrasto con lo scopo e l'oggetto dell'attività istituzionale dell'ente stesso"*.

Ora, da quando Pericu ha scritto le sue famose "note" ad oggi l'impostazione di fondo del nostro sistema non pare affatto cambiata. Ed anzi l'idea di fondo del nostro Autore può dirsi ormai codificata in una precisa norma, della legge sul procedimento amministrativo.

Mi riferisco all'art. 1, comma 1 *bis*, di tale legge che statuisce e riconosce ormai che *"la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"*.

Il che la dice lunga sull'attualità del pensiero dell'Autore che stiamo celebrando.

2. L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato.

Giuseppe Pericu, sebbene colla sua ricerca e con le conclusioni raggiunte abbia consentito la massima espansione possibile della attività di diritto

privato della pubblica amministrazione, non ha mai manifestato una preferenza ideologica per quest'ultima, rispetto all'esercizio dei pubblici poteri.

In altri termini, non ha certo cavalcato l'onda filo-privatistica che ha percorso la dottrina amministrativista a cavallo dei due secoli. Non v'è traccia nei suoi scritti, almeno che io sappia, di asserzioni del tipo "il diritto privato è democratico ed espressione di un'amministrazione paritaria, il diritto pubblico è autoritario ed espressione di privilegi dell'amministrazione". Basta considerare, per sincerarsene, la sua costruzione degli accordi amministrativi e dei contratti di diritto pubblico, di cui parlerà di qui a poco Eugenio Bruti Liberati.

Giuseppe Pericu si è sempre attenuto ad un'attenta esegesi della disciplina legislativa ed ha condotto le sue analisi e le sue sistemazioni rigorosamente nell'ambito del diritto positivo. Non si è mai fatto trascinare da c.d. tendenze evolutive, manipolative della disciplina legislativa vigente.

Ne sono conferma le precise prese di posizioni su due temi anch'essi delicati, che attengono sempre al rapporto diritto pubblico-diritto privato. Mi riferisco alla questione della sostituibilità di istituti pubblicistici con istituti privatistici e a quella della perseguibilità degli interessi pubblici attraverso strumenti privatistici.

Quanto alla prima questione la risposta del nostro Autore è molto netta: *"l'abbandono dello strumento di diritto amministrativo ed il ricorso ad atti di diritto privato non deve rappresentare né una "fuga" dal sistema dei controlli, né l'"abbandono" dell'insieme di regole che garantiscono la presenza, nel procedimento di elaborazione della decisione amministrativa, di valori costituzionalmente garantiti"* (così si è espresso nel manuale di cui era curatore insieme a Leopoldo Mazza, ad Alberto Romano, a Fabio Roversi Monaco e a Franco Gaetano Scoca, *Diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2005, vol. II, p. 295).

Del resto il tema della sostituibilità degli strumenti giuridici è sempre stato presente negli studi di Giuseppe Pericu, sin da quando ha operato una precisa distinzione tra le sovvenzioni e gli atti di liberalità propri del diritto privato (in particolare le donazioni).

Anche in tal caso non può che valere il criterio che *"se per il raggiungimento di un determinato obiettivo l'ordinamento ha previsto un procedimento amministrativo articolato, in cui è assicurata la presenza dei diversi interessi (pubblico, collettivi e privati) variamente coinvolti, al termine del quale la deci-*

sione si concreta in un provvedimento amministrativo sindacabile sotto il profilo funzionale e per ciò che concerne il rispetto del principio di legalità, tale insieme di comportamenti giuridici disciplinati dal diritto pubblico non può essere 'sostituito' con un contratto tra Amministrazione pubblica e privato interessato, poiché in tal modo verrebbero elusi l'insieme delle garanzie che si concretano nel provvedimento amministrativo ed il rispetto delle regole che disciplinano lo stesso procedimento ed il provvedimento che lo conclude" (Manuale, op. loc. cit.).

Quanto alla seconda questione l'Autore ben riconosce che l'amministrazione può e deve perseguire interessi pubblici anche nell'esercizio dell'attività di diritto privato. E al riguardo pare far tesoro dell'insegnamento di Antonio Amorth, in ordine alla cosiddetta attività amministrativa di diritto privato.

Ma tale riconoscimento non comporta certo una qualche contaminazione tra strumenti pubblicistici e strumenti privatistici, come suggerito da una parte della dottrina, al fine di giustificare il più ampio uso di questi ultimi, attraverso la cosiddetta funzionalizzazione dell'attività di diritto privato.

Scriveva sempre nell'ultima edizione del citato Manuale (p. 294) che *"il vincolo al perseguimento di un pubblico interesse predeterminato non incide sulla sua validità, che può essere condizionata, sotto il profilo funzionale, solo per ciò che attiene alla liceità della causa e dei motivi nei limiti previsti dal codice civile. L'esistenza di un comportamento in concreto incongruo rispetto al pubblico interesse, al cui rispetto soggiace pur sempre nella sua azione la p.A. anche quando opera con gli strumenti del diritto privato, attiva altri e diversi meccanismi sanzionatori, in prevalenza relativi alla responsabilità del soggetto fisico che agisce, ovvero indirizzati su atti giuridici di diritto pubblico che, come si vedrà, si accompagnano in vario modo al negozio di diritto privato, rendendo del tutto originale – da questo angolo visuale – l'agire della p.A."*

A parte quest'ultimo aspetto, che riguarda gli atti ad evidenza pubblica, su cui tornerò tra breve, Pericu manifesta di rifiutare commistioni di istituti giuridici, proposte da alcuni Autori al fine di favorire l'utilizzazione di strumenti privatistici, senza peraltro rinunciare alle garanzie pubblicistiche del vincolo di scopo. E al riguardo, pur apprezzandone gli intenti, critica in radice la tesi di Marzuoli, in ordine alla pretesa nullità assoluta del contratto per violazione del vincolo di scopo, inteso come norma imperativa ex art. 1418 c.c.

Si legge sempre in un passo del Manuale da ultimo citato che *"La rico-*

struzione, pur suggestiva, incontra non poche difficoltà in rapporto all'esistenza di enti pubblici a fini plurimi e sostanzialmente non determinabili in via preventiva; alla sostanziale genericità, sotto il profilo dei suoi contenuti, del pubblico interesse come legislativamente determinato con riferimento a ciascun soggetto pubblico; alla tendenziale indifferenza funzionale del negozio giuridico di diritto privato; alla grave incidenza sulla certezza dei rapporti giuridici che l'ampliamento delle ipotesi di nullità assoluta del contratto può determinare".

E qui emerge un'altra importante caratteristica dell'analisi scientifica dell'Autore. Essa non è mai disgiunta dalla realtà pratica, nel senso che non propone mai soluzioni astrattamente apprezzabili, ma in concreto impraticabili. Del resto non si deve dimenticare che Giuseppe Pericu è stato anche un ottimo avvocato e che come tale si è sempre preoccupato delle ricadute concrete di ogni tesi giuridica e non ha mai disgiunto la teoria dalla pratica.

3. I contratti ad evidenza pubblica.

È sulla base di dette coordinate interpretative che Giuseppe Pericu ha affrontato la tematica dei contratti ad evidenza pubblica, che qualifica come fattispecie a "doppio stadio". E cioè *"una fattispecie complessa, ma unitaria, in cui convivono comportamenti giuridicamente rilevanti che si concretano in atti giuridici, disciplinati alcuni dal diritto pubblico altri dal diritto civile"*. In altri termini *"una situazione apparentemente complessa in cui una fase pubblicistica doppia una fase di diritto privato"*.

L'Autore mette in evidenza le criticità di detta costruzione, di origine giurisprudenziale, evidenziando che la fase pubblicistica (essenzialmente quella precontrattuale), pur accreditata di caratteri provvedimentali, non presenta, viceversa, atti autoritativi veri e propri: in fondo si tratta di atti attraverso i quali l'amministrazione si determina a stipulare un contratto di diritto privato e procede alla scelta del relativo contraente.

Ciò nondimeno riconosce l'utilità pratica dell'inquadramento pubblicistico degli atti che precedono il contratto, perché solo in tal modo è possibile un sindacato giurisdizionale (da parte del giudice amministrativo), per verificarne la conformità al pubblico interesse e il rispetto di quell'insieme di regole che impongono all'amministrazione di comportarsi in modo trasparente ed imparziale.

In altri termini attraverso gli atti ad evidenza pubblica si introduce una vera e propria funzionalizzazione pubblicistica, in quanto soggetta al regime tipico degli atti amministrativi. Funzionalizzazione che, peraltro, è garantita dal regime pubblicistico e che viceversa non potrebbe operare se l'intero fenomeno fosse ascrivibile alla disciplina del diritto privato.

In questa ricostruzione degli atti ad evidenza pubblica trovo molte affinità tra le considerazioni e le conclusioni di Giuseppe Pericu e gli studi da me fatti in materia. E anche se l'Autore non parla mai di atti a regime amministrativo, ad effetti civilistici e a contenuto negoziale (come a suo tempo mi sono permesso di proporre), mi pare che le nostre posizioni in materia non fossero distanti ed anzi largamente sovrapponibili.

Ma Giuseppe Pericu non si accontenta di riconoscere l'utilità dell'inquadramento pubblicistico dell'evidenza pubblica, né della sua origine largamente giurisprudenziale. Conformemente alla sua impostazione, secondo la quale gli atti amministrativi devono pur sempre rinvenire nella legge il proprio fondamento e i propri attributi di nominatività e tipicità, rinviene tale fondamento normativo originariamente nelle leggi di contabilità pubblica.

Il che è ancora una volta un'impostazione condivisibile e resa poi estremamente proficua alla luce della disciplina comunitaria degli appalti pubblici (cfr. dello stesso Autore, *La disciplina degli appalti pubblici in Italia*, in *Quaderni regionali*, 1990, n. 4), anch'essa assoggettata, per diritto positivo, al regime tipico degli atti amministrativi.

Corrisponde perfettamente all'insegnamento dell'Autore la *summa divisio*, secondo cui alla fase di affidamento del contratto si applica la legge sul procedimento amministrativo mentre alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile (art. 30, comma 8 dell'attuale codice dei contratti pubblici e art. 12, comma 1 del nuovo). Anche sotto questo profilo, dunque, il pensiero dell'Autore risulta del tutto attuale.

Il modello dei contratti ad evidenza pubblica è dunque secondo l'Autore un modello sicuramente efficace, anche se presenta i problemi dommatici già accennati e problemi applicativi di non poco conto. Il principale dei quali riguardava il rapporto tra l'annullamento degli atti ad evidenza pubblica e le sorti del contratto.

Problema molto grave, che solo la direttiva 2007/66/CE ha avviato a soluzione.

Tuttavia gli ultimi scritti in materia di Beppe Pericu risalgono – se

non mi è sfuggito qualcosa – al 2005 (in occasione della quarta edizione del Manuale già citato). Dunque non potevano avvalersi dei contributi ricostruttivi, che viceversa scaturiscono dalla direttiva citata, né dalla sua attuazione in sede nazionale.

Peraltro, già le riflessioni dell'Autore delineavano con precisione l'ambito delle soluzioni possibili, tenendo conto da un lato delle esigenze del concorrente pretermesso a poter acquisire l'aggiudicazione e il contratto e, d'altro lato, della posizione del contraente in buona fede, il cui affidamento alla legittimità degli atti della procedura amministrativa e alla conservazione del contratto non poteva non ricevere una qualche tutela.

La disciplina sopraggiunta della direttiva 2007/66/CE si è mossa anch'essa in tale direzione e la disciplina attuativa nazionale, contenuta ora nell'art. 122 del codice del processo amministrativo, ha canonizzato la flessibilità delle soluzioni possibili, tenendo conto delle esigenze tutte, che già rinvenivano nelle considerazioni di Giuseppe Pericu una loro specifica rilevanza in materia. Il che dimostra, ancora una volta, l'attualità del suo pensiero, la solidità dei suoi argomenti estrapolati dal tessuto normativo e la concretezza delle esigenze, cui si ispiravano le proposte ricostruttive.

Personalmente ho sempre ammirato e avuto grande stima dell'Autore, sin da quando (allora ero un giovane assistente e Beppe era già un affermato professore) ho letto e studiato le sue due monografie sulle Sovvenzioni. Le quali mi sono state di grande aiuto e guida anche nell'impostazione e nello sviluppo dei miei primi studi.

Qualcuno, ironizzando, diceva che ciò era dovuto al fatto che i suoi scritti erano di facile lettura e comprensione (mentre a quel tempo ci si cimentava su testi talvolta astrusi, come *L'interesse legittimo* di Aldo Piras). Ma la chiarezza nell'esposizione e la linearità del percorso argomentativo è a mio modo di vedere la migliore cartina di tornasole della chiarezza delle idee, della solidità del pensiero, della sua profondità e del rigore argomentativo, che non necessitano, per essere eccellenti, di cripticità, né di un linguaggio vagamente esoterico.

Anche di ciò sono personalmente grato a Beppe Pericu e lo ricordo sempre con simpatia e grande ammirazione.

GIUSEPPE PERICU E L'URBANISTICA

Giuseppe Morbidelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I criteri informativi. – 3. I principali temi affrontati: *a)* Le carenze e le incongruenze della disciplina urbanistica. – 4. (*Segue*): *b)* I rapporti Stato-Regioni. – 5. (*Segue*): *c)* La partecipazione alla formazione delle decisioni urbanistiche. – 6. Conclusioni in punto di metodo.

1. *Premessa.*

Gli scritti maggiormente rilevanti di Giuseppe Pericu in materia di urbanistica, ed infatti inseriti negli “Scritti scelti” (editi nel 2009), sono quattro. E precisamente: *Problemi giuridici della pianificazione urbanistica regionale* (1971), *Le prime riforme regionali in materia urbanistica* (1974), *La delega delle funzioni in materia di urbanistica* (1974), tutti risalenti agli anni '70, ed uno invece dal titolo *La normativa urbanistica: ragioni di una crisi*, risalente al 1987. Tuttavia va detto che anche in altri saggi e interventi dedicati a temi diversi o più generali sovente riemergono le problematiche urbanistiche, a dimostrazione che facevano parte dei suoi interessi prioritari.

Da tener presente che la disciplina urbanistica e la contigua disciplina edilizia erano state negli anni antecedenti oggetto di scrutinio da parte della dottrina più autorevole. Non esito a dire, anzi, che la materia era stata una vera e propria officina per la messa a punto e l'applicazione di principi generali regolanti l'azione amministrativa. Principi che la dottrina degli anni '30 aveva elaborato a livello astratto, e che qui trovarono concreta applicazione. Risalgono infatti a quegli anni i noti e tuttora da ritenersi fondamentali scritti di Giovanni Miele, di Enrico Guicciardi, di

Massimo Severo Giannini, di Aldo M. Sandulli, di Feliciano Benvenuti, di Alberto Predieri, di Leopoldo Mazzaroli. Questo anche per la importanza della materia negli anni della ricostruzione e dell'espansione edilizia (e diciamo pure delle "mani sulla città"), e di conseguenza per il rilevante contenzioso che suscitava, a sua volta *humus* per le indagini dottrinarie. Basti ricordare che sono nati proprio in questa officina o comunque ivi si sono consolidati: la teorica dell'atto complesso ineguale (traendo origine dai poteri dell'autorità deputata all'approvazione dei piani urbanistici adottati a livello comunale), quella della natura mista (normativa e nel contempo di atto amministrativo generale) dei piani regolatori, l'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali laddove impattino su situazioni degne di affidamento, la sanatoria non dell'atto ma del fatto ovvero la c.d. sanatoria giurisprudenziale, l'impugnabilità di atti prodromici (i piani urbanistici adottati, sia di per sé, sia in una con le misure di salvaguardia), la tutela degli interessi diffusi, la legittimazione del terzo ad attivare procedure sanzionatorie, l'interesse pretensivo alla pianificazione, i limiti all'apposizione di elementi accidentali al permesso di costruzione, la stessa questione della natura giuridica di quella che un tempo si chiamava licenza edilizia, il rilascio di quest'ultima "ora per allora". Nello stesso tempo era vivace il dibattito sui rapporti fra lo *ius aedificandi* e le prescrizioni degli strumenti urbanistici, che infatti aveva dato luogo alla teoria della espropriazione sostanziale e alla notissima sentenza della Corte Costituzionale n. 55/1968 sui vincoli urbanistici a carattere espropriativo, nonché in ordine all'eccesso di discrezionalità, o meglio discrezionalità non "raffrontabile" (secondo il lessico "crisafulliano") con criteri legislativi puntuali, quale appunto riscontrabile nella pianificazione del territorio (che la Corte Costituzionale nel 1966 ebbe peraltro a validare facendo tra l'altro richiamo *ante litteram* alla c.d. legalità procedurale).

2. I criteri informativi.

Pericu non si inserisce in questo dibattito, ritenendo che giurisprudenza e dottrina abbiano ormai dato luogo ad una sorta di *ius receptum* tale da dettare il complesso di coordinate volte a regolare l'attività edilizia e la pianificazione urbanistica. Peraltro ne prende atto, ne acquisisce e ne

impiega gli strumenti, onde giungere a conclusioni proprie ed originali. Nel senso che – anziché dedicarsi a dare ordine alla concettuologia e ad individuare tessiture ordinamentali – fa emergere i punti centrali e/o innovativi della disciplina in questione, nonché le eventuali carenze che l'affliggono e ne prospetta soluzioni. In altri termini per Pericu l'analisi della normativa è un *prius*, ma poi c'è sempre un *post*, che si traduce in segnalazioni di inefficienza, rilevazioni di paradossi e di incongruenze, formulazioni di proposte. Cosicché le acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali sfilano sotto la sua lente e vengono analiticamente sezionate onde costituire il materiale su cui basare le proprie riflessioni. Si tratta di un percorso metodologico che ha sempre osservato e che ha espressamente enunciato in un suo scritto in ricordo di Franco Bonelli (dal titolo *Brevi note in tema di privatizzazione dei servizi pubblici*)¹: “innanzitutto ogni tesi o argomentazione doveva essere sviluppata sulla base di idee chiare e distinte con la netta individuazione dei confini di ciascun concetto esposto”. Percorso che viene sempre addizionato con la sua idea guida, vera e propria invariante e nascente dalla sua esperienza pratica ma anche dalle acquisizioni provenienti dagli studi di scienza dell'amministrazione e delle scienze aziendaliste: la indispensabile simmetria tra l'assetto strutturale e il perseguimento degli scopi.

3. I principali temi affrontati: a) *Le carenze e le incongruenze della disciplina urbanistica.*

Il percorso e il paesaggio giuridico di Pericu nella materia urbanistica sono concentrati sostanzialmente su tre tematiche. Ovvero: 1) la funzionalità degli strumenti di pianificazione così come dettati dalla legge urbanistica; 2) il riparto di competenze tra Stato e Regioni; 3) la esigenza di partecipazione di cui ha sempre lamentato la mancanza, tanto che nel suo noto scritto dedicato ai procedimenti di massa (del 1988), frutto della sua partecipazione alla c.d. Commissione Nigro (preposta a redigere la legge generale sul procedimento amministrativo), scrive testualmente che

¹ In G. MORBIDELLI (a cura di), *Le privatizzazioni tra ragion pura e ragion pratica (una rilettura attraverso i percorsi di Franco Bonelli)*, Passigli, Firenze, 2018, 63 ss.

“l’attuale disciplina della partecipazione alla elaborazione delle scelte urbanistiche è addirittura risibile, il meccanismo osservazioni-opposizioni non può certamente valere come strumento per esaltare la presenza nel procedimento di interessi non preventivamente conosciuti”².

Per quanto riguarda la prima tematica, ovvero quella della funzionalità (o meglio della non funzionalità), Pericu rileva l’incongruenza di una pianificazione “polvere”, cioè a livello comunale, sotto due concorrenti versanti. Da un lato perché dà luogo a decisioni adottate caso per caso, senza precisi e predeterminati parametri, dall’altro perché limitata entro i confini comunali, senza tener conto dei riflessi e delle iterazioni con le aree dei Comuni contermini. Si ha così, ad esempio, che Comuni confinanti offrono sovradimensionamenti di aree per impianti industriali e sotto dotazioni di aree sportive, e via del genere. Di qui la proposta di definire previamente un piano urbanistico regionale, attraverso cui disporre di un quadro di riferimento idoneo a garantire che i singoli poteri siano gestiti sulla base di un disegno razionale di assetto complessivo del territorio *“Senza un piano che funzioni da parametro di giudizio per l’adozione delle singole decisioni è gioco forza cadere nel sistema degli interventi occasionali motivati soltanto dall’esigenza di provvedere e adottati sulla base di parametri del tutto contingenti, senza quindi potere in alcun modo prevederne e predeterminarne gli effetti immediati riflessi”³.* Questo del resto è in linea con la tesi allora diffusa della Regione come soggetto prevalentemente programmatore, ovvero elaboratore di indirizzi politico-amministrativi, mentre l’attività di concreta amministrazione doveva esser svolta a livello di enti locali tramite l’istituto della delega o dell’avvalimento.

Ma soprattutto Pericu evidenzia, senza addentrarsi in “pinnacoli giuridici”, la irrazionalità della stessa strutturazione del piano regolatore secondo la legge urbanistica del 1942, strutturazione che poi veniva ricalcata dalle leggi regionali in quanto soggette ai principi ricavabili dalla legge statale. Rileva e censura infatti lo schematismo della divisione per zone omogenee, come se le destinazioni d’uso potessero essere distinte e separate a mo’ di comportamenti stagni, malgrado la complessità e la inevita-

² V. *I procedimenti di massa* (1990), ora in *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009, 601 ss.

³ Così in *Problemi giuridici della pianificazione urbanistica regionale* (1972), ora in *Scritti scelti*, cit., 135.

bile compresenza delle tante attività umane che si svolgono sul territorio, nonché e soprattutto il fatto che la normativa prevede procedure e non contenuti (se non in minimissima parte).

Non solo: è stato anche uno dei primi, perché in precedenza al più si sosteneva l'esigenza di tutelare in sede di piano urbanistico i valori paesaggistici e quelli culturali, a rilevare come fosse necessario che i piani urbanistici assumessero contenuti idonei a garantire la tutela dei valori ambientali, ovvero a protezione verso i fattori aggressivi dell'ambiente. La importanza della pianificazione urbanistica ai fini della stessa qualità della vita emerge anche in un intervento dedicato all'ordinamento regionale e pertanto non riconducibile, *stricto sensu*, tra gli scritti urbanistici⁴. In tale occasione appunto ha osservato che la sola competenza regionale, che assume significati e contenuti tale da incidere, modificandola, sulla stessa "qualità" della vita: è la pianificazione territoriale. *"Non si creda, infatti, che in questo settore si possa andare al di là della razionalizzazione di decisioni assunte ad altri livelli (anche sovranazionali): la recente vicenda della localizzazione delle centrali elettriche lo dimostra. Tuttavia se le regioni sapranno intervenire in modo non casuale, in base ad un disegno preordinato, se sapranno far propri nuovi valori che si stanno manifestando (in particolare quelli connessi alla tutela dell'ambiente) mi sembra probabile che si possa dare alla pianificazione territoriale prospettive di estremo interesse e degne di essere realizzate"*.

Ciò implica che il piano urbanistico si debba caratterizzare come momento di raccordo e nello stesso tempo riassuntivo di tutte le decisioni particolari assunte nelle più diverse sedi per la tutela dell'ambiente. Tema questo che è stato oggetto di un saggio, anch'esso non dedicato espressamente alla disciplina urbanistica⁵. In esso, dopo avere premesso che se da un lato l'interesse informa di sé la teoria del potere, della funzione, del provvedimento amministrativo e della discrezionalità, dall'altro se ne è

⁴ V. *Dalla parte delle Regioni, Bilancio di una legislatura*, Edizioni di Comunità, Milano, 1975, 141 ss. (Atti del Seminario promosso dalla Fondazione Olivetti con introduzione di AMATO e corposo rapporto a cura di AMATO, CASSESE, CHELI, RODOTÀ e SERRANI, con interventi, tra gli altri, di BARBERA, BARTOLE, BASSANINI, BERTI, LEVI, MERUSI, ONIDA).

⁵ *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti* (1987), ora in *Scritti scelti*, cit., 545 ss.

trascurato l'approfondimento, quando si è trattato di individuarne i contenuti: tanto che nelle materie, quali l'urbanistica, in cui l'attribuzione normativa di riferimento non definisce con precisione l'interesse oggetto della tutela, si pongono problemi di identificazione concreta dei contenuti dell'interesse, soprattutto con riferimento a situazioni che esprimono interessi attribuiti ad apparati distinti. Si tratta quindi di un problema soprattutto organizzativo.

Ed invero il tema dell'organizzazione ottimale, che Pericu sentiva come problema di fondo dell'amministrazione italiana e anche come tematica trascurata dalla dottrina (su questo era allineato con il pensiero di grandissimi come Guarino e Nigro), ebbe a portarlo a studiare i livelli ottimali di pianificazione urbanistica, individuati nei comprensori o comunque in circoscrizioni sovracomunali, nonché i rapporti tra Regioni e Comuni attraverso l'istituto della delega, tema su cui mi soffermo per ragioni anche personali. Dopo un *incipit* che, dico la verità, sembrava condividere quanto io stesso avevo scritto in proposito (che espressamente richiama)⁶, tanto che scrive: *“la delega delle funzioni regionali in materia di urbanistica ha già formato oggetto di interessanti relazioni. Le conclusioni allora proposte, per cui l'attribuzione di competenze agli enti locali minori sarebbe in alcuni casi impossibile giuridicamente ed in altri profondamente inopportuna, possono ritenersi a tutt'oggi sostanzialmente valide, se si muove da una determinata interpretazione dell'art. 118, III comma, della Costituzione”*: poi però prende un'altra strada, rilevando che l'interpretazione dell'art. 118, III comma, che io avevo dato (e come me invero molti altri) è il risultato di una trasposizione meccanica della categoria «delega amministrativa» (cioè la delega “alla Miele”)⁷ ai rapporti indicati dalla Costituzione.

Pericu invece ravvisa nella delega non lo strumento per attuare un mero trasferimento di competenze tra soggetti pubblici, bensì lo strumento per razionalizzare contenuti della legislazione, sia nei suoi profili sostanziali, sia

⁶ Si tratta del saggio dello scrivente dal titolo *La delega delle Regioni agli enti locali in materia di urbanistica*, in AA.VV., *La delega delle funzioni agli enti locali*, Formez, Napoli, 1974, 109 ss.

⁷ V. G. MIELE, *Delega (diritto amministrativo)* in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962 (e ora in *Scritti giuridici*, II, Giuffrè, Milano, 1977, 927 ss.)

per quanto attiene all'allocazione delle competenze tra gli enti. locali. Propone infatti la delega per obiettivi e per settori organici di materia, criterio che poi verrà ripreso dalla legge n. 382/1975 e dal d.lgs. di attuazione n. 616/1977 (alla cui elaborazione Pericu ha contribuito intensamente all'interno della sottocommissione Nigro preposta a redigere lo schema di d.lgs. dedicato all'assetto e all'utilizzazione del territorio), in cui è indubbiamente sottesa l'esigenza di ricostruire negli enti locali minori un *quantum* di attribuzioni amministrative sufficienti ad esaurire l'amministrazione di un settore o a garantire in tutti i suoi momenti la gestione di un pubblico servizio. In sostanza la delega viene ad essere considerata come un'occasione che, in precisi margini di compatibilità costituzionale, può consentire operazioni di razionalizzazione del sistema del governo locale ed innescare processi di revisione dei contenuti sostanziali della normativa preesistente.

Altrettanto rilevanti sono le sue considerazioni in ordine alla c.d. urbanistica "contrattata", un tempo considerata illecita sulla base del principio per cui il potere pubblico, in quanto espressione di sovranità, non può mai venire a patti con i privati. Tesi che Pericu definisce "mito" e ritiene infatti irrealistico il fatto che l'Amministrazione non possa giungere ad elaborare le proprie scelte attraverso un confronto con gli operatori privati, sedendosi intorno a un tavolo di contrattazione cui partecipino soggetti pubblici e soggetti privati. Del resto proprio il non confronto con i privati fa sì che le pubbliche amministrazioni rimangano come racchiuse in una sorta di "spazio etereo", che impedisce loro di *"percepire il quadro degli interessi e quindi di operare il più correttamente possibile"*⁸.

4. (Segue): b) *I rapporti Stato-Regioni.*

Per quanto riguarda i rapporti Stato-Regioni, il Nostro in linea generale ritiene di risolvere le problematiche del riparto di competenze attra-

⁸ Il tema è affrontato, tra l'altro, con particolare profondità nell'ampio capitolo scritto da Pericu dedicato a *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, nel *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, ALB. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, IV ed., tomo I, Monduzzi, Milano, 2005, 283 ss., ma v. anche il saggio *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato* (1990), ora in *Scritti scelti*, cit., 613 ss.

verso la legge cornice, ovvero una legge di principi adeguata ai tempi, come pure attraverso il controllo parlamentare a tutela dell'interesse nazionale, nonché attraverso la funzione di indirizzo e coordinamento che realisticamente considera uno strumento utile e non da demonizzare, come invece fece all'epoca larga parte della dottrina che considerava tale istituto, introdotto dalla legge finanziaria regionale, invasivo delle competenze regionali senza base costituzionale (peraltro – come noto – la Corte Costituzionale ebbe a ritenerlo coerente con la Costituzione una volta che la legge avesse dettato adeguati criteri direttivi). Tuttavia, è consapevole che un riparto puntuale e netto non è mai possibile, e meno che mai nella materia dell'urbanistica. Rileva infatti che vi sono competenze statali dotate necessariamente di un significato urbanistico, in quanto impattanti sulla pianificazione del territorio (opere pubbliche di interesse nazionale, linee di trasporto nazionale, interventi strategici delle grandi imprese pubbliche e così via). Pericu rileva però che lo Stato esercita i propri poteri ad un livello che non è quello dell'assetto territoriale⁹. Si tratta in sostanza di competenze che sono urbanistiche *quoad effectum*, in quanto la loro realizzazione comporta una alterazione dell'assetto del territorio regionale. Se così è, la soluzione dei rapporti tra Stato e Regioni deve partire dalla premessa che nell'esercizio di queste competenze lo Stato non deve intervenire sino a determinarne la localizzazione, ma deve soltanto decidere in merito alla loro realizzazione, lasciando alla Regione e agli enti locali minori la specifica allocazione. Esemplificando: spetta allo Stato decidere se costruire un'autostrada ed il percorso di massima dell'autostrada stessa, come spetta allo Stato decidere la realizzazione di un'opera pubblica di interesse nazionale, ma compete agli enti preposti alla pianificazione del territorio (Regioni e Comuni) determinare la concreta localizzazione dell'autostrada e in genere o dell'opera pubblica. Se così non fosse si altererebbe il disegno costituzionale in quanto si sottrarrebbe alla Regione una competenza (l'urbanistica) attribuitale direttamente dalla Costituzione. Da quanto detto deriva ovviamente che di urbanistica statale si possa parlare solo in termini del tutto impropri: con questa formula si designa solo la competenza statale che può estrinsecarsi nelle leggi-

⁹ V. soprattutto *Problemi giuridici della pianificazione urbanistica regionale*, cit., spec. 146 ss.

cornice e nelle leggi di grande riforma, nella tutela dell'interesse nazionale, nell'attività di indirizzo e coordinamento ed infine nell'esercizio di poteri che urbanistici non sono, sebbene prevedano per la loro realizzazione una modificazione dell'assetto territoriale esistente. Pericu sente molto (ma allora era un convincimento diffuso: erano di là da venire le materie "trasversali" e le materie "valore", che hanno alla fine determinato, stante l'eccesso di competenze attribuite alle Regioni dal nuovo Titolo V, l'effetto opposto) la incertezza dei confini delle attribuzioni rispettive di Stato e Regioni. Propone allora reiteratamente una preventiva esatta determinazione dei diversi settori di azione statale e regionale al fine di consentire una collaborazione che non si risolva nel sacrificio di uno dei due centri e cioè con tutta probabilità di quello più debole e in via di formazione (la Regione). Tale distinzione di competenze impone, pena la paralisi di ogni possibilità di intervento, che si giunga ad un sufficiente coordinamento tra Stato e Regione, coordinamento che deve svolgersi sul presupposto ineliminabile dato dal fatto che al di là della divisione di compiti imposta dalla Costituzione entrambi gli enti sono espressione di collettività e come tali potenzialmente interessati a qualsiasi bisogno emerga nel proprio ambito. Ciò implica la necessità che lo Stato proceda anche nelle materie di propria attribuzione solo sulla base di preventive intese con le Regioni e queste a loro volta coordinino le proprie azioni alle necessità e alle esigenze statali. Come evidente, in tal maniera Pericu afferma e inverte il principio della leale collaborazione che negli stessi anni la dottrina costituzionalistica stava elaborando (in particolare Amato e Bartole, anche sulla scorta dell'esperienza federale statunitense), che viene cioè riscontrato in concreto: del resto è il principio poi tracciato dalla sentenza della Corte Costituzionale nella sentenza n. 303/2003 per "rimediare" all'eccesso di competenze in materia di infrastrutture di interesse nazionale attribuite alle Regioni dal nuovo Titolo V.

5. (Segue): c) *La partecipazione alla formazione delle decisioni urbanistiche.*

Il terzo versante è quello della partecipazione (su cui tra l'altro si è soffermato sovente, anche negli anni più recenti). Premette che l'istituto

presenta non poche ambiguità se lo si indaga al di là della riaffermazione del necessario contraddittorio con il destinatario diretto del provvedimento terminale. Ma il dato più significativo, su cui insiste più volte, è costituito dalla forte pressione che subiscono i poteri pubblici ogni qualvolta debbono assumere decisioni sia di grande rilievo per il futuro di una comunità, quali ad esempio nella definizione di un piano urbanistico o la realizzazione di una grande opera, sia di impatto limitato alla vita di un quartiere, come la costruzione di un parcheggio interrato. In uno scritto del 2019¹⁰, a dimostrazione ancora una volta delle sue conoscenze sul campo e del suo muoversi ben lontano dall’*“iperuranio giuridico”*, nonché della sua vera e propria “passione” per il tema, scrive testualmente: (la lunga citazione si rende necessaria anche per dar conto della conoscenza a 360° dei temi giuridici che disseziona) *“nel recente Gran Prix de l’Urbanisme, l’architetto Patrick Bouchain ha affermato: «Il faut retourner à un urbanisme démocratique et non technocratique». Non credo che ci siano dubbi sul fatto che i cittadini ritengano di dover essere partecipi – secondo modalità imprecise e di volta in volta create – di ogni azione amministrativa di cui vengano a conoscenza, che ritengano abbia a incidere sui loro interessi diretti oppure in quanto membri di una comunità. In realtà è opportuno tenere distinti – almeno a livello logico, anche se è frequente la confusione e la sovrapposizione – due diversi momenti: la fase che si apre con l’inizio formale di un procedimento, rispetto al confronto che si svolge indipendentemente dal fatto che un procedimento sia stato iniziato. Se sotto il primo profilo sono state elaborate regole, ancorché non precise e fluide, nel secondo caso la caratteristica principale è data dalla totale assenza di forme. Questi ultimi sono gli episodi a tutti noti della espressione di istanze politiche da parte dei cittadini che si concretano in manifestazioni di piazza, ma anche nella costituzione di comitati che hanno significativa influenza sull’operato delle pubbliche amministrazioni. Secondo alcune opinioni se la democrazia rappresentativa trova difficoltà ad essere congrua e tempestiva rispetto alla volontà popolare, nello stesso tempo i cittadini hanno ampie possibilità di partecipare alla gestione della cosa pubblica proprio attraverso questi comportamenti. La ricordata evoluzione verso un’urbanistica democratica ne è la migliore espressione. Sono*

¹⁰ *Note in tema di procedimento*, in *Costituzione e pubblica amministrazione*, a cura di G. CERRINA FERONI, Il Mulino, Bologna, 2020, 101 ss.

molte le suggestioni che questi fenomeni inducono e che meritano di essere accolte. Sono realtà che hanno una forte influenza sull'operare dei pubblici poteri e normalmente generano situazioni altamente conflittuali. Riesce difficile ipotizzare regole che riescano a disciplinare il fenomeno senza reprimerlo”.

6. Conclusioni in punto di metodo.

Come si può vedere si tratta sempre di riflessioni dettate da attento realismo e che nascono da acquisizioni frutto di una laboriosa e spesso faticosissima esperienza che lo ha messo in contatto con la “greve realtà” della disciplina urbanistica, e in genere delle concrete e svariate problematiche che affollano l'uso del territorio.

È questa una ulteriore dimostrazione di sensibilità verso la concretezza dei problemi e dunque di estrema attenzione verso la fattualità. Anche se non giunge a sostenere, come invece ha fatto Paolo Grossi, invero con raffinatezza e convergenza di argomenti illuminati da un ultra millenario percorso storico-giuridico, che la fattualità, in quanto esperienza, si fa diritto¹¹, tuttavia il criterio di fondo che informa tutta la produzione scientifica di Pericu è quello per cui il dato fattuale – e con esso l'esperienza giuridica nel senso capogrossiano del termine – costituiscono una componente forte nella filiera dei criteri interpretativi delle regole giuridiche e ancor più in sede di valutazione discrezionale.

Da tutto questo si trae con chiarezza un suo metodo che ha rinvenuto nel suo amico fraterno Franco Bonelli ma che invero è anche autobiografico “*Franco Bonelli riteneva che l'analisi della norma, che resta il suo termine di riferimento ineludibile, debba accompagnarsi – ove possibile – all'esame di esperienze concrete nelle quali la norma ha trovato applicazione*”¹². Non solo: Pericu è giurista che se da un lato percepisce il nuovo con immediatezza e lo inserisce nel sistema dando luogo a nuove costru-

¹¹ Ciò in quanto “*la fattualità unita alla storicità rappresenta la bussola orientativa per il legislatore e per la comunità dei giuristi/interpreti, nonché il salvataggio di un diritto che è sempre e soltanto esperienza, cioè dimensione della vita*”: così per tutti P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020, 90.

¹² V. *Brevi note in tema di privatizzazione*, cit.

zioni, dall'altro si proietta nel futuro. È infatti sua convinzione che la *pars costruens* è specifica responsabilità del giurista. I suoi scritti, non solo quelli qui esaminati e *in primis* quelli sulle sovvenzioni, ma pure quelli dedicati ai servizi pubblici, alle amministrazioni indipendenti, agli accordi, alla disciplina portuale, agli statuti regionali, alla giustizia amministrativa e altro ancora, sono innervati di indicazioni prospettiche motivate e basate su accertate carenze e lacune. Nel senso che fa parte essenziale del suo "laboratorio" la progettazione di nuovi schemi o proposte: tra l'altro risale agli studi di Pericu degli anni '60 la proposta di piano urbanistico diviso in due, ovvero una parte strutturale (fissa) cioè "*un documento di piano più normativo che planimetrico, orientato verso scelte di fondo e non esaurentesi in prescrizioni particolari (di tipo edilizio)*"¹³ e una parte flessibile, proposta che poi successivamente si è inverte prima nella prassi e poi nella legislazione regionale. Tutto questo richiede che il giurista disponga di una adeguata "informazione" socio-economica, tecnica e politica, e che inoltre fondi le proprie riflessioni sui documenti e sui provvedimenti e non solo sulle leggi e sui principi¹⁴. Ciò si ritrova in pieno nel criterio metodologico proposto da Guarino secondo cui "*Quella che altre volte è stata considerata una qualità del giurista, l'incapsularsi all'interno del sistema da applicare, è una mentalità che va corretta. Il giurista deve uscire dal suo guscio, ma deve uscirvi non per abbandonare la sua tipizzazione, ma per acquisire elementi indispensabili ai fini del lavoro tecnico che esso è chiamato a compiere e per affermare la rilevanza della sua specializzazione*"¹⁵. Ed è proprio ciò che Pericu ha fatto, avvalendosi sia del suo sapere giuridico, sia della sua esperienza e della sua sensibilità verso le problematiche sociali e politiche, sia della sua capacità di cogliere i punti deboli o i criteri di fondo delle discipline, tanto che *ante litteram* ha proposto non solo, come abbiamo già ricordato, lo "spacchettamento" del piano urbanistico

¹³ V. La normativa urbanistica: ragioni di una crisi, cit., 542.

¹⁴ In altra sede ho scritto che Pericu mi aveva confidato che sovente, "*anziché stare negli attici infiorati dei principi astratti, come tanti colleghi*", aveva scelto "*di frequentare polverose e buie cantine*": v. Giuseppe Pericu: ricordi e riflessioni, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 592.

¹⁵ V. G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Scritti in memoria di Carlo Esposito*, Cedam, Padova, 1974, 2171 ss.

e l'urbanistica contrattata, ma anche l'esigenza di un piano regionale, di una pianificazione intermedia tra Regioni e Comuni, il superamento della zonizzazione, la importanza di una disciplina per recuperare alle attività umane il patrimonio edilizio dei centri storici e per regolare le modifiche della destinazione d'uso¹⁶; l'esigenza di valutazioni ambientali, in sede di pianificazione urbanistica (anticipando così l'istituto della VAS, solo anni dopo introdotto dalla normativa comunitaria); una partecipazione effettiva e non nominalistica, il principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni e anche fra Regioni e Comuni, la salvaguardia di spazi di autonomia comunale nell'ambito della disciplina del territorio, la esigenza di *“strutturare la pianificazione territoriale come atto processuale in visione meramente documentale e cartografica – e conseguentemente statica – che essa assume nella pratica applicazione della legge del 1942”*, avendo come modello la articolata duttilità gestionale del *Town and Country Planning Act* del 1968 inglese¹⁷.

Sicché si può dire che con riferimento al diritto urbanistico (e non solo) Pericu è stato un giurista *“predittivo”* per riprendere una terminologia cara a Guarino, che infatti fu costante nel sostenere e ribadire che *“la pars costruens è specifica responsabilità del giurista”*: responsabilità cui Giuseppe Pericu non è mai venuto meno.

¹⁶ V. su questo punto in particolare *La normativa urbanistica: ragioni di una crisi* (1987), ora in *Scritti scelti*, cit., spec. 540 ss.

¹⁷ Su quest'ultimo punto v. *Le prime riforme regionali in materia urbanistica* (1974), ora in *Scritti scelti*, cit., 265.

L'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA NELL'OPERA DI BEPPE PERICU

Giulio Napolitano

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La programmazione economica e le sovvenzioni amministrative. – 3. Le trasformazioni dei servizi pubblici e la nascita dello Stato regolatore. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Beppe Pericu, nella sua lunga attività scientifica, ha prestato particolare attenzione alle diverse forme di intervento pubblico nell'economia (materia in cui, nel 1971, vinse il concorso a cattedra). Lungi dall'immergersi in quelle acque fino ad annegare, come talora capita agli studiosi che cedono al fascino di quella che Massimo Severo Giannini chiamava l'ala marciante del diritto amministrativo, Pericu si è costantemente preoccupato di riannodare i fili sparsi di misure legislative spesso occasionali e disorganiche alla trama generale del diritto amministrativo. Egli non ha mai ceduto al fascino del 'nuovismo' o dei grandi affreschi, preferendo dedicarsi all'analisi minuta e alla ricostruzione degli istituti giuridici posti al servizio dei vari strumenti di intervento pubblico. E ha mantenuto sempre vigile il suo sguardo critico, pur dissimulato dai tratti bonari e affettuosi del gran signore genovese.

2. *La programmazione economica e le sovvenzioni amministrative.*

Al centro della sua attenzione vi è stato il tema dei contributi e degli incentivi pubblici, cui ha dedicato il suo contributo monografico più im-

portante, su *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, pubblicato in due volumi, il primo nel 1967, il secondo nel 1971. La pubblicazione di quella ricca e attenta indagine accompagnò così la stagione della programmazione economica che aveva contrassegnato l'ingresso nel governo del Partito socialista e la formula del centrosinistra. Mentre Donatello Serrani aveva privilegiato la visione di insieme, guardando dall'alto al ruolo dello *Stato finanziatore*, Pericu aveva adottato un approccio analitico, per ricostruire la natura giuridica degli atti di sovvenzione e le vicende dei rapporti che ne discendevano, una volta disposta l'erogazione. Due opere, dunque, per certi versi complementari, che contribuirono a un significativo avanzamento degli studi in materia, alla quale Pericu si era avvicinato con una serie di indagini sul campo, a cominciare da quelle sugli ausili finanziari nel settore mercantile e alla cantieristica.

Sul tema Pericu tornò nella voce per l'Enciclopedia del diritto edita nel 1990 e scritta insieme ad Elena Croci. In quella sede, Pericu aggiornò l'analisi alla luce delle vicende che avevano attraversato le diverse forme di ausilio e incentivo alle imprese nell'ultimo ventennio. Rimase però la freddezza più che sconsolata constatazione del fatto che l'ordinamento non conosceva alcuna definizione legislativa dell'istituto della sovvenzione e che la legislazione continuava ad essere «alluvionale, casuale e datata in rapporto alle contingenze particolari che l'avevano determinata». Era dunque ancora possibile rimanere ancorati a una nozione puramente dottrinale di sovvenzioni, intese come «atti amministrativi di natura provvedimentale, il cui effetto giuridico prevalente consiste nell'attribuzione di una somma di denaro o di altro bene economicamente valutabile senza che ciò comporti a carico del beneficiario un obbligo di restituzione o alcuna obbligazione di pagamento nei confronti della p.a.».

Secondo Pericu, però, l'analisi doveva necessariamente allargarsi alle diverse forme di intervento che abbiano un effetto di incentivazione delle attività di impresa da leggere nel contesto più ampio della struttura del sistema economico-sociale di riferimento, una volta constatata «l'impossibilità strutturale di meccanismi programmatori a gestione centralizzata». Proprio quest'ultima constatazione segnava il cambiamento di prospettiva rispetto al contesto politico che aveva ispirato l'attività di ricerca di Pericu alla fine degli anni '60 dello scorso secolo.

Anche nella voce enciclopedica del 1990, il principale obiettivo di Pe-

ricu rimaneva la corretta qualificazione giuridica delle diverse ipotesi di sovvenzione. Non si trattava di un'analisi fine a se stessa o schiava di concetti ideologici o dogmatici. Pericu contestava ogni rigida contrapposizione tra contratto e provvedimento, rifuggendo sia da ogni acritica valorizzazione del modello convenzionale sia da un favor pregiudiziale verso lo schema provvedimentale. Il tema centrale era piuttosto quello del rapporto tra legge e attività: ciò anche al fine di verificare i margini di manovra per le amministrazioni soprattutto locali in difetto di copertura normativa statale. Pericu in proposito negava recisamente che si potesse parlare di libera esplicazione dell'autonomia privata dell'amministrazione. Bisognava, piuttosto, prendere atto di una pubblica amministrazione ormai divenuta soggetto autonomo, responsabile politicamente oltretutto giuridicamente. Da ciò discendeva anche il mutamento del rapporto tra Parlamento e amministrazione e tra legge e attività amministrativa. Tranne nei casi in cui si interveniva su materie e settori coperti da riserva di legge, dunque, le pubbliche amministrazioni dovevano ritenersi legittimate a prevedere ed erogare forme di sovvenzione funzionali al raggiungimento dei propri scopi istituzionali e al perseguimento delle proprie politiche di sviluppo. Quanto alla ricostruzione teorica del rapporto di sovvenzione, Pericu ribadiva l'esigenza di distinguere la fase di attribuzione del beneficio da quella di svolgimento del rapporto. Nella prima, riteneva ormai pacifica la configurazione dell'atto amministrativo di erogazione della sovvenzione come provvedimento di natura concessorio. In questa fase, vi sarebbe quasi sempre una valutazione discrezionale dell'amministrazione anche laddove vi siano attività vincolate di accertamento dei requisiti, con la naturale conseguenza della giurisdizione del giudice amministrativo. Nella seconda fase di svolgimento del rapporto, invece, sarebbero prevalenti le qualificazioni privatistiche e le relative controversie rientrerebbero quasi sempre nella giurisdizione del giudice ordinario.

3. Le trasformazioni dei servizi pubblici e la nascita dello Stato regolatore.

Se il modello dello Stato finanziatore che svolge attività amministrativa mediante sovvenzioni ha rappresentato l'ambito principale di interesse

negli studi di Pericu dedicati all'intervento pubblico nell'economia, non possono trascurarsi i contributi dedicati ad altri aspetti e temi, come quelli relativi agli enti pubblici economici, ai porti (intesi anche come aziende), le società miste. Un'attenzione speciale venne poi dedicata allo studio delle trasformazioni dei servizi pubblici avviate negli anni '80 e '90.

La loro direzione di marcia era stata analizzata già nel 1987 in un originale saggio sugli aspetti amministrativi dei contratti di utenza pubblica. In esso Pericu rivisitava sia la ricostruzione pubblicistica, in termini di richiesta di prestazione e provvedimento di ammissione al servizio pubblico, da egli nettamente respinta, sia quella privatistica secondo cui si tratterebbe di un contratto disciplinato dal codice civile. Quest'ultima, diversamente dalla prima, non era contestata dall'autore, il quale, tuttavia, ne evidenziava le difficoltà anche pratiche, alla luce delle interferenze con i procedimenti amministrativi di regolazione, come quelli tariffari, e delle conseguenti sovrapposizioni di giurisdizione.

Di qui l'apertura ad una diversa possibile ricostruzione in termini di moduli convenzionali di diritto pubblico poi codificati nella legge n. 241/1990 (anche se i successivi sviluppi della legislazione di settore sarebbero andati verso un modello di regolazione trilaterale, più che bilaterale, affidato ad autorità indipendenti).

All'inizio degli anni '90, in un contributo dedicato a privatizzazione e servizio pubblico con particolare riguardo al settore dell'energia elettrica, Pericu si pronunciò per la prima volta sui cambiamenti in atto, confermando il suo approccio anti-ideologico ed evitando di schierarsi tra i fautori della liberalizzazione o invece i nostalgici dello statalismo. Bisognava invece muovere da una nozione oggettiva di servizio, intesa, secondo un implicito riferimento alle tesi di Umberto Pototschnig, come attività economica che produce utilità destinate alla collettività e ritenute indispensabili da quest'ultima (tramite i suoi rappresentanti politici). Al centro, dunque, si pone l'elemento di doverosità insito nell'esercizio di un'attività svolta in conformità a una scelta politica iniziale con conseguente responsabilità in ultima istanza di un soggetto pubblico.

Pericu chiariva come questa nozione non avesse nulla a che vedere con quelle di monopolio o di riserva. Dunque, non c'era nessuna contraddizione tra obblighi di servizio e libertà di impresa; semmai, la pluralità di operatori economici in concorrenza poteva accentuare la necessità di

meccanismi correttivi volti ad assicurare alla collettività il godimento di utilità essenziali. Ciò condusse Pericu a concentrare l'attenzione sul tema delle concessioni rispetto al quale andavano abbandonate le antiche concezioni pubblicistiche, trattandosi di uno strumento neutrale di carattere convenzionale piuttosto che autoritativo. Quel che contava, dunque, era la corretta individuazione degli obiettivi da raggiungere in termini di soddisfazione degli interessi della collettività: ciò lo portava a distinguere nettamente le concessioni di servizi da quelle di beni pubblici infrastrutturali non duplicabili. Altro tema ancora era quello della partecipazione pubblica al capitale e dei poteri speciali derivanti dalla *golden share*: soluzioni cui guardava senza eccessivi entusiasmi, segnalando anzi il rischio che la responsabilità dei servizi pubblici continuasse a confondersi con la loro gestione.

Poste queste premesse teoriche, lo sguardo di Pericu sulle trasformazioni del settore elettrico in atto era necessariamente perplesso. Mentre la creazione di un monopolio pubblico del 1962 aveva una sua logicità e si muoveva nel solco della Costituzione del 1948, il processo avviato nel 1992 presentava forti elementi di contraddittorietà e di necessaria instabilità. Bastava pensare alla natura ibrida del concessionario *ex lege* risultante dalla trasformazione dell'Enel in società per azioni, che manteneva allora la titolarità di un monopolio verticalmente integrato. Bisognerà aspettare il decreto Bersani del 1999 sulla liberalizzazione del settore elettrico per superare la contraddizione segnalata da Pericu.

Sul tema delle concessioni di pubblico servizio Pericu tornò in un lungo saggio del 1995. Ancora una volta le trasformazioni dell'intervento pubblico nell'economia spinsero Pericu ad un'analisi rigorosa degli strumenti e degli istituti giuridici attuativi. Come aveva fatto negli anni '60 con le sovvenzioni rispetto all'affermazione dello Stato programmatore/finanziatore, negli anni '90 egli si dedicò allo studio delle concessioni per meglio comprendere i meccanismi di funzionamento dello Stato regolatore. Anche stavolta Pericu partì dalla insoddisfazione per le ricostruzioni teoriche offerte sino a quel momento dalla scienza giuridica e dalla denuncia dell'assenza di chiari riferimenti legislativi. Per le concessioni di servizi pubblici il discorso valeva sia a livello locale, dove l'esilità della disciplina risaliva agli inizi del Novecento, sia a livello statale all'indomani della trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni

concessionarie nel 1992. Di qui l'esigenza di individuare i profili essenziali del rapporto di concessione, con particolare riguardo al regime tariffario, al sub-ingresso e alla subconcessione, alla direzione e controllo nella gestione del servizio. Anche per le concessioni Pericu rifiutava le scorciatoie privatistiche, ritenendo fondamentale preservare il momento pubblicistico. Evocò pertanto una possibile qualificazione in termini di contratto di diritto pubblico, al cui studio si stava dedicando proprio in quegli anni uno dei suoi principali allievi. Soltanto in questo modo sarebbe stato possibile andare oltre le carenze della disciplina vigente, individuando un regime giuridico di riferimento sufficientemente organico e completo in attesa di un auspicato intervento normativo che contemplasse anche la definizione di uno o più convenzioni tipo.

Pericu invece non sembrava credere alle virtù e alla concreta utilità di un'autorità indipendente di regolazione settoriale. A suo avviso, infatti, l'approvvigionamento di energia rimaneva un elemento fondamentale della politica economica dello Stato. Pertanto, esisteva in materia una responsabilità politica del governo che non poteva essere elusa. La posizione critica sul ruolo delle autorità indipendenti nel nostro ordinamento fu ripresa in un breve ma denso saggio del 1996. Pericu prendeva atto dell'erompere delle autorità indipendenti, senza nascondere le sue riserve e preoccupazioni. Riteneva che la loro istituzione rivelasse il riconoscimento da parte del Parlamento della sua incapacità a disciplinare la materia e l'impossibilità per gli apparati ministeriali di provvedere alla regolazione tecnica e alla gestione amministrativa dei servizi di pubblica utilità. L'esito fu dunque l'istituzione di nuovi soggetti dotati di ampi poteri di regolazione non inseriti nel sistema costituzionale e anzi in contraddizione con esso. Di qui la necessità di un'espressa copertura costituzionale, di cui allora si parlava nel quadro di un più ampio disegno di riforma della seconda parte della Costituzione. Fintanto che ciò non fosse avvenuto, la situazione di eccessiva libertà in cui operava il legislatore avrebbe continuato a determinare una serie di inconvenienti, inclusi quelli relativi alla confusione tra finalità di interesse pubblico e funzionamento della concorrenza, alla sovrapposizione di competenze tra autorità e all'artificiosa segmentazione di mercati perché sottoposti al dominio di autorità distinte. La copertura auspicata da Pericu sarebbe arrivata soltanto nel decennio successivo: non però dalla Costituzione opportunamente riformata,

ma dal diritto europeo nei vari regolamenti e direttive di armonizzazione dei singoli mercati di servizio pubblico.

4. *Conclusioni.*

L'orizzonte temporale e culturale dell'impegno scientifico di Pericu ha coinciso con le vicende allo stesso tempo affascinanti e tumultuose della seconda metà del XX secolo. Egli ha avuto occasione di soffermarsi solo limitatamente su quelle intervenute nel primo quarto del XXI secolo e in particolare negli ultimi anni. Sicuramente, sarebbe stato molto incuriosito, e in taluni casi anche allarmato, dall'inatteso ritorno delle sovvenzioni e dei sussidi, soprattutto a seguito dello scoppio della pandemia e del conflitto russo-ucraino; dall'evaporazione dei servizi pubblici per effetto della frammentazione della filiera, della rivoluzione tecnologica, della diffusione della liberalizzazione e dell'attenuazione della responsabilità politica; e dall'irresistibile ascesa dei poteri speciali di controllo sugli investimenti esteri diretti (il c.d. *golden power*). Avrebbe esaminato tali trasformazioni con il suo stile abituale, di giurista controcorrente, poco incline alle mode, riformista, ma non 'nuovista': un osservatore attento delle mutazioni in atto e dei loro concreti ingranaggi, ma senza dimenticare i compiti e la missione del giurista, in particolare dello studioso del diritto amministrativo.

PROCEDIMENTO E PROCESSO

Aldo Travi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I procedimenti per le autorizzazioni farmaceutiche e il confronto fra cittadini e amministrazione sul piano tecnico. – 3. I procedimenti di massa e i diversi volti della partecipazione. – 4. La dimensione processuale.

1. *Premessa.*

Richiamare oggi tutti gli studi di Giuseppe Pericu sui temi del procedimento amministrativo appare superfluo. Il ruolo svolto da Pericu nella Commissione Nigro, la sua relazione al Convegno di Messina-Taormina del 1988¹ e i suoi scritti sui profili generali e su profili peculiari² sono

¹ G. PERICU, *I procedimenti di massa*, in *Il procedimento fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 settembre 1988 (a cura di F. TRIMARCHI), Milano, 1990 oggi anche in *Scritti scelti*, Milano, 2009, 601 ss.

² Fra tutti, in particolare, *Occupazione di suoli per impianti di stabilimenti di olii minerali*, in *Foro it.*, 1963, III, 26 (in nota a Cons. Stato, sez. IV, 20 marzo 1962, n. 263); *La disciplina pubblicistica dei prodotti alimentari*, in *Sanità pubblica*, 1981; *Energia e ambiente: emersione e composizione dei vari interessi concorrenti*, Relazione al Convegno di Stresa 7-9 maggio 1987, sul tema *Impianti energetici e ambiente: profili giuridici*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1987, 575 ss.; *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 189 ss.; *Giusto procedimento per il rilascio delle autorizzazioni farmaceutiche*, in *Seminari di studi giuridici in materia di farmaci*, Milano, 1995; *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Relazione introduttiva al XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Tremezzo 19-21 settembre 1996, Milano, 1997, 23 ss.; *Brevi note in tema di efficienza e doverosità dell'azione amministrativa*, in *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, vol. II, Milano, 2002,

ben presenti a chiunque abbia studiato il procedimento amministrativo.

In questo incontro, in cui Giuseppe Pericu viene ricordato come studioso ma anche come persona appassionata dell'amministrazione pubblica³, preferisco richiamare alcuni argomenti che in modo particolare aiutano a cogliere il significato che lui attribuiva al procedimento e che consentono quindi di apprezzare le ragioni di fondo della sua concezione. Le ragioni di fondo sono espresse con lucidità negli scritti che hanno preso in considerazione la tutela dell'ambiente, rispetto al quale l'assetto procedimentale è costantemente centrale, e in quelli sugli accordi.

L'attenzione per la dimensione procedimentale negli scritti sulla tutela dell'ambiente non rispecchia semplicemente l'incidenza del modello partecipativo sull'attività amministrativa, né tanto meno riflette una ricerca di efficienza, ma rappresenta il riconoscimento della titolarità collettiva degli interessi ambientali, con la conseguenza che le decisioni non possono che essere 'necessariamente' partecipate. Il procedimento diventa quindi l'espressione di un carattere che è proprio dell'attività amministrativa quando in gioco siano interessi ambientali, ma che corrisponde anche ad una prerogativa civile dei cittadini.

Rispetto alla tematica degli accordi emergono invece ragioni diverse, legate al confronto fra unilateralità e consensualità e più in generale alla riflessione sul consenso del soggetto privato in una relazione governata all'origine dal diritto pubblico. La ricerca di soluzioni coerenti, in un contesto generale spesso oppresso dal peso delle 'categorie' tradizionali, conduce a una riflessione a tutto campo sul diritto privato e sul diritto amministrativo indirizzata a valutare concretamente i rispettivi canoni di razionalità (il principio di eguaglianza, il perseguimento dell'interesse pubblico, ecc.) e a ricercare soluzioni coerenti con entrambi. Emerge così un'attenzione, quasi analitica, per le diverse previsioni che si risolve nel

923 ss. (oggi in *Scritti scelti*, cit., rispettivamente a 21 ss., 351 ss.; 545 ss.; 573 ss.; 871 ss.; 891 ss.; 919 ss.). Per alcuni caratteri generali dell'opera di G. Pericu, rinvio alla recensione agli *Scritti scelti*, cit., in *Dir. pubbl.*, 2009, 653 ss.

³ La sua passione, testimoniata con coerenza nelle scelte personali e nell'impegno civile, è testimoniata con particolare intensità in *Esperienze di un amministratore giurista. Brevi note*, Lezione magistrale alla SPISA di Bologna in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* 24 ottobre 2005, oggi in *Scritti scelti*, cit., 927 ss.

rifiuto per gli schemi teorici e nello stesso tempo in una netta preferenza per soluzioni che evitino artificiose commistioni o ibridismi di sorta. Questo criterio può sconcertare chi sia interessato a leggere una soluzione conclusiva e generale, ma il confronto fra il diritto privato e il diritto amministrativo, anche quando siano affrontati profili di appannaggio classico della teoria generale come il tema delle invalidità, non può essere condotto sul piano astratto e richiede una ricognizione paziente dei diversi modelli⁴. Il confronto fra atto amministrativo e contratto dice troppo poco. Per un giurista è naturale la propensione per una considerazione unitaria⁵, ma l'onestà intellettuale esige innanzi tutto di evitare semplificazioni che sacrificino la complessità del reale alle categorie astratte.

La tutela dell'ambiente (e il rilievo che assume in questo contesto la dimensione procedimentale) e il tema degli accordi (nonché quello, assai correlato, dell'attività di diritto privato dell'amministrazione) sono stati oggetto di specifiche relazioni nell'incontro di oggi. Proporrò pertanto alcune considerazioni che emergono soprattutto da altri contributi, che aiutano comunque a cogliere alcuni motivi di fondo della concezione del procedimento amministrativo di Giuseppe Pericu; ad esse farò seguire alcune riflessioni sulla posizione dell'autore rispetto alla tutela giurisdizionale. Emerge anche in questi scritti un'attenzione per l'amministrazione nella sua concretezza, mai però fine a sé stessa, ma indirizzata ad affermare una relazione nuova col cittadino, direttamente ispirata ai principi costituzionali. *“La pubblica amministrazione non è un giudice che applica la norma alle vicende della vita e nei confronti dei soggetti interessati agisce come un terzo del tutto (necessariamente) estraneo rispetto a tali rapporti. La pubblica amministrazione interviene nel vivo della società e si pone come elemento di rottura di situazioni consolidate per il raggiungimento del pubblico interesse. È missione questa alla quale non si può sottrarre, che discende*

⁴ Cfr. G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., oggi in *Scritti scelti*, cit., 691 ss.

⁵ Anche Pericu non la nasconde: si vedano in proposito le prime pagine di *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., oggi in *Scritti scelti*, cit., 691 ss., particolarmente 700. Secondo l'autore, però, la ricerca di un 'principio' non va condotta affidandosi ad un criterio dogmatico, ma deve essere innanzi tutto rispettosa dei modelli rappresentati nell'ordinamento.

*da un preciso vincolo costituzionale sancito al secondo comma dell'art. 3 Cost. L'obiettivo del superamento delle disuguaglianze sostanziali per garantire il pieno sviluppo della persona è un obiettivo proprio dell'agire amministrativo e lo si persegue operando scelte riformatrici degli assetti esistenti"*⁶.

2. I procedimenti per le autorizzazioni farmaceutiche e il confronto fra cittadini e amministrazione sul piano tecnico.

Nel 1995 Giuseppe Pericu pubblicò il testo di una relazione da lui tenuta sul tema delle autorizzazioni per i prodotti farmaceutici⁷. L'intervento risale pertanto ad un periodo tormentato della legislazione nazionale in argomento⁸, destinata dopo qualche anno ad essere superata da una nuova generazione di direttive, incentrate sul codice comunitario dei medicinali⁹. Nello stesso tempo il tema delle autorizzazioni per i prodotti farmaceutici è sempre stato un settore di non facile inquadramento, per la presenza di ragioni evidenti di interesse generale che avevano determinato l'attribuzione di importanti poteri decisionali al Ministro della sanità. L'assetto normativo rifletteva un modello, ampiamente rappresentato anche su un piano più generale, in base al quale all'istruttoria tecnica avrebbe dovuto seguire comunque una decisione politica.

Le considerazioni svolte da Pericu nel suo contributo esprimevano l'esigenza di superare questo modello, per lo meno nella sua assolutezza. Anche alla luce delle direttive europee l'autore proponeva di ricorrere a un nuovo modello organizzativo, o rendendo più trasparenti le responsa-

⁶ G. PERICU, *Principio di eguaglianza e pubblica amministrazione*, oggi in *Scritti scelti*, cit., 947.

⁷ G. PERICU, *Giusto procedimento per il rilascio delle autorizzazioni farmaceutiche*, cit., oggi in *Scritti scelti*, cit., 871 ss.

⁸ Cfr. in particolare il d.lgs. 29 maggio 1991, n. 178 (di ricezione delle prime direttive comunitarie); i dd.lgs. 30 dicembre 1992, n. 538, n. 539, n. 540, e n. 541 (rispettivamente in tema di distribuzione all'ingrosso, etichettatura, produzione, pubblicità dei medicinali).

⁹ Cfr. in particolare la direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, e succ. modif., con il codice comunitario sui medicinali per uso umano.

bilità del Ministero (in particolare, imponendo un dovere di motivazione sul piano strettamente tecnico, ove il Ministro si fosse discostato dalle valutazioni degli organi tecnici), o assegnando all'organo tecnico anche competenze decisionali (in particolare con l'istituzione di un'autorità indipendente che operasse in materia con ampiezza di poteri). Le riflessioni, espresse in un contesto particolare rappresentato dalle autorizzazioni farmaceutiche, si estendevano però progressivamente ad aspetti più generali del procedimento amministrativo. Secondo Pericu¹⁰ i procedimenti amministrativi che avevano una componente specificamente tecnica dovevano essere di competenza di organi tecnici e non di organi politici. Pericu non era convinto da alcuni modelli, molto in voga nel nostro Paese, che assegnavano la decisione finale a un organo politico, anche se quella decisione doveva essere determinata essenzialmente da ragioni di ordine tecnico, e ciò in funzione di un'asserita superiorità e pervasività del momento politico rispetto a qualsiasi attività amministrativa. La distinzione fra i diversi ordini di valutazioni doveva riflettersi invece con chiarezza anche sul quadro delle competenze. Questa conclusione può sembrare ineludibile, per chi dia peso ad argomenti importanti come l'esigenza di far corrispondere l'ordine delle competenze con il quadro delle responsabilità. Pericu, però, poneva in evidenza soprattutto un argomento ulteriore: solo se a provvedere sulla questione tecnica è un organo tecnico, è possibile un "confronto" sul piano tecnico fra il soggetto interessato e l'amministrazione.

Che il procedimento possa condurre a un 'confronto' fra soggetti di ordine diverso è un'affermazione importante, perché esprime insieme una conclusione sul valore del procedimento e una concezione della relazione fra cittadino e amministrazione: un confronto che sia veramente tale si regge infatti sulla capacità reciproca di cogliere motivi e argomenti su un piano sostanzialmente paritario, anche se la decisione è riservata all'amministrazione. Un confronto sul piano tecnico è pertanto la ricerca della migliore ragione tecnica e una ricerca del genere, se 'presa sul serio', comporta necessariamente il rifiuto di qualsiasi concezione di esclusività o di superiorità intrinseca, o anche solo di 'riserva' delle competenze tecniche dell'amministrazione.

¹⁰ Cfr. G. PERICU, *Giusto procedimento per il rilascio delle autorizzazioni farmaceutiche*, cit., oggi in *Scritti scelti*, cit., spec. 877 ss.

Il confronto auspicato da Pericu è un confronto fra organi tecnici responsabili della decisione e i soggetti privati interessati: esige pertanto che l'organo tecnico non sia solo qualificato come tale dalla legge, ma sia effettivamente costituito da componenti dotati di specifica preparazione tecnica.

Questo aspetto trascende il piano più strettamente procedimentale e assume un rilievo più generale sul piano organizzativo¹¹. Soprattutto, però, questa concezione modella il procedimento in funzione di un dialogo costruttivo. Questo mi pare – al di là degli sviluppi rappresentati anche dalle riflessioni più specifiche sul tema degli 'accordi' – un risultato che rappresenta bene la concezione di Pericu e anche forse il suo modo di raffigurare l'amministrazione: un'amministrazione rispetto alla quale le proposte valide dei cittadini devono poter trovare ascolto. Il confronto esclude che si instauri una relazione fra due monadi che per definizione non potrebbero mai comunicare pienamente fra di loro, se non in termini di supremazia dell'una rispetto all'altra. Si spiegano nella stessa logica anche alcuni passi del contributo sui rischi di forme corruttive¹², particolarmente temuti nel settore in esame: la possibilità di un confronto e di intese non agevola la corruzione, ma semmai sostiene la trasparenza, e la trasparenza è uno dei presidi più forti proprio contro la corruzione.

Oggi, ad una prima lettura, può sembrare che le tesi di Pericu siano state recepite negli interventi successivi del legislatore italiano. Nel 2003 sarebbe stata istituita l'Agenzia italiana del farmaco-AIFA, non dunque un'autorità indipendente, ma comunque un'Agenzia qualificata dal punto di vista tecnico e dotata di ampie prerogative¹³; nel 2006, nel quadro di una riforma organica della materia e in attuazione della direttiva comunitaria del 2001, tutte le competenze assegnate precedentemente, in

¹¹ Mi viene naturale adattare queste considerazioni ad un profilo tuttora critico, rappresentato dai criteri concreti di scelta dei componenti dei collegi delle Autorità indipendenti.

¹² Cfr. G. PERICU, *Giusto procedimento per il rilascio delle autorizzazioni farmaceutiche*, cit., 877.

¹³ Art. 48, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv., con modif. in legge 24 novembre 2003, n. 326.

tema di autorizzazioni farmaceutiche, al Ministero della sanità sarebbero state assegnate alla stessa AIFA¹⁴. In realtà, però, il legislatore sembra aver colto solo l'aspetto più vistoso della critica di Pericu: l'obiettivo di fondo, rappresentato dall'effettività del confronto nella sede procedimentale, è rimasto ancora in buona parte inattuato. Viene naturale chiedersi se la diffidenza che nei procedimenti per le autorizzazioni farmaceutiche si registra ancora oggi nei rapporti fra gli operatori e l'amministrazione sia realmente la giustificazione, o non sia invece piuttosto anche una conseguenza, di questa mancata attuazione.

3. I procedimenti di massa e i diversi volti della partecipazione.

Nella sua celebre relazione al Convegno di Messina-Taormina del 1988¹⁵ Pericu non aveva mancato di rilevare con disappunto la trasformazione dell'impianto proposto dalla Commissione Nigro, per effetto degli interventi del Consiglio di Stato e del Governo. Ad essere colpite pesantemente erano state soprattutto le previsioni concernenti i c.d. procedimenti di massa. Alcuni 'tagli', come la soppressione dell'istruttoria pubblica, avevano aperto un vuoto nella disciplina del procedimento e sarebbero stati a lungo stigmatizzati come espressione di una generica minorità culturale¹⁶. Pericu formulava, però, anche una critica particolare, che portava con sé il segno dell'attenzione e dell'esperienza.

Ricordava infatti che la soppressione era stata decisa dal Governo invocando il 'principio di informalità' nello svolgimento del procedimento: l'informalità avrebbe dovuto dunque rappresentare una sorta di panacea di tutte le rigidità legislative e avrebbe dovuto consentire all'autorità procedente di calibrare lo svolgimento del procedimento sulle esigenze reali e sulle problematiche da affrontare concretamente. Pericu osservava, però, come dovesse essere chiara la distinzione fra ciò che richiedeva una disciplina positiva e ciò che poteva essere rimesso a valutazioni contingenti

¹⁴ Art. 158, comma 2, d.lgs. 24 aprile 2006, n. 219.

¹⁵ G. PERICU, *I procedimenti di massa*, cit.

¹⁶ Per lo meno, fino alla prima ricezione, peraltro solo settoriale, con d.P.R. 10 maggio 2018, n. 76, sul c.d. dibattito pubblico per alcune tipologie di opere pubbliche.

dell'amministrazione. La partecipazione richiedeva una disciplina positiva, se si voleva evitare che ricadesse nella irrilevanza che si riscontrava invece rispetto ad alcuni modelli, come nelle procedure di pianificazione urbanistica. La disciplina della partecipazione richiedeva invece di essere definita con precisione dal legislatore, anche perché non identificava soluzioni uniformi, ma era passibile di rappresentazioni diverse. Per esempio, la Commissione Nigro aveva distinto fra il contraddittorio nel procedimento – riservato ai soggetti su cui il provvedimento finale avrebbe potuto incidere direttamente – e la partecipazione in senso più generico – aperta anche per la tutela di interessi diffusi, ecc. Anche su questo assetto erano intervenuti negativamente il Governo e il Consiglio di Stato, probabilmente senza rendersi conto del significato della distinzione e imponendo la piena assimilazione delle due modalità¹⁷.

Pericu esprimeva le sue perplessità sulla soluzione accolta nel disegno di legge, mostrando l'insufficienza delle formule ricorrenti secondo cui la disciplina del procedimento avrebbe dovuto realizzare un modello di democrazia partecipativa (oggi, si direbbe, magari di 'legalità procedimentale'). La posizione di chi si difende nel procedimento amministrativo, perché in discussione è un suo bene della vita che può essergli negato o sottratto, e la posizione di chi invece propone all'amministrazione argomenti per una decisione migliore sono fra loro diverse e proprio perché tali non possono essere assimilate sul piano concettuale. Assimilarle equivale a ridurre anche la difesa nel procedimento in una generica partecipazione, con ogni conseguenza sull'incidenza sul provvedimento finale, e significa anche illudere gli altri soggetti che il loro intervento possa determinare effetti ulteriori rispetto al risultato rappresentato da una migliore conoscenza delle situazioni e degli interessi da parte dell'amministrazione procedente.

Emerge, insomma, in queste pagine un senso della misura, di attenzione per l'efficienza e la funzionalità dell'amministrazione, oltre che di rappresentazione rigorosa e concreta del ruolo dei cittadini. La disciplina

¹⁷ È significativo in proposito il parere del Consiglio di Stato, reso nell'adunanza generale del 17 febbraio 1987, n. 7/87 (riportato in appendice a *Il procedimento fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 settembre 1988, Milano, 1990, 187 ss.). In questo parere la distinzione fra contraddittorio e partecipazione viene risolta in una mera sinonimia lessicale.

del procedimento deve rappresentare questa misura, evitando proclamazioni demagogiche o utopistiche.

Nello stesso tempo sono riflesse anche considerazioni più generali sul rapporto fra legge e amministrazione. Rispetto al procedimento, come si è visto, Pericu sottolineava la necessità di un intervento legislativo rispetto ai profili nodali – per esempio, rispetto all’individuazione dei soggetti che erano chiamati a difendersi nel procedimento – ma non mancava di contestare la prassi di interventi esorbitanti del legislatore, indirizzati non a dettare principi nuovi, ma a regolare l’operato minuto dell’amministrazione. Viene da ricordare, contro questa deriva, il valore del modello rappresentato dall’articolato della Commissione Nigro: una legge su principi, che avrebbe dovuto lasciare spazio alle amministrazioni.

D’altra parte lo stesso Pericu, nel suo scritto più recente sulla sua esperienza di amministratore pubblico¹⁸, non ha mancato di lamentare la distanza fra il diritto amministrativo e l’amministrazione reale, distanza riscontrabile in modo grave anche per le autonomie locali, che eppure dovrebbero caratterizzarsi proprio per la loro ‘prossimità’ rispetto ai cittadini e alle contingenze concrete. Per gli enti territoriali i margini effettivi di autonomia, di determinazione cioè di attuare un indirizzo politico, risultavano spesso avvilenti sul piano pratico ed erano comunque ‘compensati’ dalla prescrizione di adempimenti inutili. Si pensi a quanto scriveva Pericu a proposito dell’assurdità della norma che impone al Sindaco di presentare un programma all’inizio del suo mandato¹⁹, in un momento cioè in cui non ha ancora potuto avere esperienza dell’apparato costituito dagli uffici comunali.

La critica di Pericu contro la iperregolazione non va letta quindi come critica indiscriminata contro l’intervento legislativo: l’esempio rappresentato dalla partecipazione nella legge generale sul procedimento lo testimonia. Invece è una critica nei confronti di un legislatore che non percepisce quando (e non è la regola) sia necessario intervenire per distinguere e tutelare meglio (si pensi all’istruttoria pubblica nel procedimento), e quando invece sia opportuno lasciare all’am-

¹⁸ G. PERICU, *Esperienze di un amministratore giurista. Brevi note*, cit.

¹⁹ Art. 4-bis, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149.

ministrazione la scelta sulle modalità più opportune per una certa attività. È una critica, insomma, al legislatore che troppo spesso si improvvisa a farsi amministratore, senza averne esperienza e senza subirne le responsabilità.

Forse ai tempi d'oggi la concezione di Pericu può apparire quasi utopistica: gli interventi 'puntuali' del legislatore sono sempre più frequenti. Anche l'insistenza dell'autore su un'amministrazione 'aperta e leale' e su una dimensione etica dell'amministrare può essere letta da qualcuno quasi come una giustificazione per compensare i limiti strutturali di ogni discorso giuridico. Non possiamo dimenticare, però, che queste interpretazioni riduttive sono state smentite da Giuseppe Pericu proprio nel modo più autentico, accettando di porsi in prima linea lui stesso, come amministratore pubblico²⁰.

4. *La dimensione processuale.*

L'attenzione di Pericu, per quanto concerneva la relazione fra l'amministrazione e il cittadino, era concentrata sul procedimento: dal procedimento doveva nascere la 'giusta' soluzione del confronto fra i soggetti e gli interessi di cui erano portatori. Il processo, in questa prospettiva, è un rimedio che vale ad evitare arbitri, ma dal quale non si può pretendere la soluzione migliore del conflitto fra le parti²¹.

Questa constatazione può forse stupire chi ha avuto occasione di conoscere la competenza e l'impegno che Pericu testimoniava nell'esercizio dell'attività di avvocato e la sua preparazione nell'affrontare in ogni contesto le questioni processuali, ma rispecchiava una ragione meditata di realismo. Rispetto ad una cattiva amministrazione la giustizia amministrativa può ben poco. E, soprattutto, pensare di affrontare le carenze strutturali dell'amministrazione con i rimedi processuali conduce inevi-

²⁰Viene naturale pensare in proposito anche ai gravi fatti di Genova, in occasione del G8 dell'ottobre 2001. In quell'occasione Pericu ha saputo rappresentare degnamente nella sua città le istituzioni, in un contesto in cui altre autorità, ben paludate, erano risultate gravemente latitanti.

²¹Cfr. G. PERICU, *Giusto procedimento per il rilascio delle autorizzazioni farmaceutiche*, cit., 876.

tabilmente a un insuccesso che sacrifica in profondità gli obiettivi tracciati dalla Costituzione.

La capacità di Pericu di affrontare con acutezza critica i temi di diritto processuale emerge anche in uno scritto pubblicato nei primi anni '70²², sull'eco del dibattito avviato quasi vent'anni prima dai contributi di Cannada Bartoli²³ e di A. Romano²⁴ sulla disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice amministrativo. Il dibattito, negli anni in cui scriveva Pericu, si era incentrato principalmente sul c.d. paradosso dell'invalidità derivata, rappresentato dalla necessità, proclamata dalla giurisprudenza, di impugnare anche l'atto presupposto per far valere l'invalidità derivata dell'atto successivo. Era stato segnalato già da A. Romano, ed era stato ripreso da A.M. Sandulli²⁵, che in questo modo si obbligava il ricorrente a chiedere l'annullamento di un atto – quello presupposto – anche se per tutelare il suo interesse sarebbe stato sufficiente l'annullamento dell'atto successivo: da qui la tesi di A. Romano sulla sufficienza di una disapplicazione e il dubbio segnalato da Sandulli che le conclusioni della giurisprudenza finissero col contraddire il modello essenziale del giudizio amministrativo come modello di diritto soggettivo²⁶.

La replica di Pericu a queste tesi prendeva le mosse dalla conformazione del nostro processo amministrativo sul modello dell'azione di annullamento, con le implicazioni che comportava, anche quanto alla necessità dell'impugnazione. L'autore aderiva alle posizioni prevalenti,

²² G. PERICU, *Illegittimità di atto di nomina e invalidità derivata*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 348, in nota a Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 1970, n. 947, oggi in *Scritti scelti*, cit., 171 ss.

²³ E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, Milano, 1950, 194 ss.

²⁴ A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 946 ss.

²⁵ A.M. SANDULLI, *Il giudizio avanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 87 ss.

²⁶ Il dibattito, come è noto, era destinato a non esaurirsi. Per un esame delle diverse posizioni, cfr. AA.VV., *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti*, Atti del Convegno organizzato dall'ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo, tenutosi a Roma il 16 maggio 1997, Torino, 1998.

ma non si accontentava delle affermazioni ormai tralaticie della giurisprudenza²⁷ e ne verificava con attenzione i fondamenti e la coerenza prima di farle proprie. Nello stesso tempo prospettava considerazioni nuove, ancora oggi di indubbio rilievo. L'equilibrio nel processo richiede di essere salvaguardato considerando tutte le implicazioni di una certa soluzione, senza dare spazio ad alcune ragioni soltanto. Di conseguenza, per esempio, Pericu segnalava che la concezione tradizionale dell'invalidità derivata consentiva di escludere, almeno in determinate situazioni, che un provvedimento amministrativo potesse diventare inoppugnabile in sede giurisdizionale anche dopo il decorso del termine per la sua impugnazione²⁸. Nello stesso tempo emergeva il rifiuto di un concettualismo astratto: all'interrogativo concernente l'identificazione dei casi di invalidità derivata, che tanto ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza, Pericu rispondeva dichiarando che era sufficiente qualsiasi relazione di 'condizionamento' fra l'atto presupposto e l'atto successivo, dimostrando che a questi fini risultava inutile ogni ulteriore classificazione²⁹.

I profili che ho richiamato rappresentano solo un esempio del modo con cui Pericu anche nello studio del processo non dimenticava la ricerca di un equilibrio fra le ragioni del cittadino e quelle dell'amministrazione. Nello stesso tempo aiutano a cogliere il rigore dell'autore nell'argomentazione giuridica e la sua capacità di non cadere nel concettualismo: Pericu era un giurista che apprezzava la dimensione pratica del diritto, del diritto dell'amministrazione in particolare, per la sua ragione fondamentale rappresentata dall'obiettivo di affrontare e di risolvere i problemi concreti dei cittadini. Questa caratteristica si riscontra anche nelle pagine che l'autore ha dedicato ai temi del processo. Nello stesso tempo era chiaro per lui che il processo amministrativo, fondato allora su un'azione di annullamento, non poteva essere risolutivo, e a ben vedere la conclusio-

²⁷ G. PERICU (*Illegittimità di atto di nomina*, cit., in *Scritti scelti*, 173 ss.) poneva in evidenza come a queste affermazioni corrispondessero talvolta giustificazioni molto diverse fra loro, col risultato che lo stesso principio affermato dalla giurisprudenza finiva col risultare indebolito.

²⁸ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 175 ss.

²⁹ G. PERICU, *op. ult. cit.*, 182 ss.

ne neppure oggi può essere diversa, nonostante che all'azione di annullamento il codice del 2010 abbia sommato altre azioni, perché la distinzione di ruoli fra il giudice e l'amministrazione rimane e deve rimanere ferma. Sul piano del sistema, la soluzione doveva essere ricercata piuttosto nelle modalità con cui l'amministrazione doveva condurre il procedimento.

LA GESTIONE DEI PUBBLICI SERVIZI LOCALI *

Francesca Trimarchi Banfi

Quando negli anni '90 Pericu scriveva della gestione dei servizi pubblici locali, la legislazione in vigore lasciava aperta la scelta tra diverse modalità di gestione. La legge sulle autonomie locali del 1990 non dettava preferenze tra la gestione diretta e quella a mezzo terzi. E nel caso di gestione propria, gli enti locali erano liberi di scegliere tra l'azienda e la società commerciale a capitale pubblico maggioritario. Questa libertà di scelta sarà mantenuta nel Testo Unico del 2000.

Ma già a quel tempo le idee correnti riflettevano il teorema economico della Scuola del New Public Management, che deduceva la convenienza della gestione dei servizi pubblici per mezzo di imprese private dall'assioma dell'economia di concorrenza, secondo il quale il perseguimento dell'interesse individuale è il motore dell'efficienza economica.

L'imprenditore privato avrebbe potuto avvalersi degli incentivi opportuni per promuovere l'impegno creativo dei managers, senza trovare gli intralci opposti dalla disciplina del personale pubblico. Non meno importante il vantaggio di evitare indebite interferenze da parte del potere politico, dettate da calcoli elettoralistici contingenti: la cosiddetta "agenda privata" dei politici.

La parola d'ordine è la separazione della politica dalla gestione.

Negli scritti di Pericu non ho trovato menzione del teorema economico dell'efficienza della gestione a mezzo di imprese private; se ne avverte, però, l'eco. Ad esempio quando egli segnala gli inconvenienti dell'infrastruttura dei politici, e quando sottolinea i benefici della conduzione im-

* I contributi del prof. G. Pericu citati in nota sono raccolti nel volume *Scritti scelti*, Milano, 2009.

prenditoriale, dove l'imprenditorialità è contrapposta alla conduzione burocratica della gestione.

Nel disegno di Pericu, l'esternalizzazione è dunque la modalità appropriata per la gestione dei servizi. E l'esternalizzazione cui pensa Pericu è quella che si attua nella forma tradizionale, attraverso la concessione.

Si tratta, però, di una concessione costruita in modo diverso da quello tradizionale. Pericu è uno studioso attento alle conseguenze applicative dei concetti giuridici. Egli diffida delle categorie che unificano fattispecie diverse a partire da alcuni elementi comuni, senza riguardo per le differenze. Per questo Pericu critica la categoria delle concessioni come categoria normativa: una categoria che sottopone ad uno stesso regime fattispecie disparate¹. Se la gestione per mezzo di imprese terze intende realizzare i benefici dell'imprenditorialità, allora nella concessione di servizi non c'è posto per la supremazia del concedente sul concessionario; l'imprenditore deve godere della massima libertà nell'organizzare la propria attività, e l'amministrazione concedente potrà intervenire con controlli e direttive soltanto nei termini stabiliti dalla disciplina convenzionale².

Dunque la concessione di Pericu è adattata alle esigenze espresse dal modello della separazione della politica dalla gestione. Nel modello, il contratto rappresenta l'incontro tra gli interessi del concedente e quelli del concessionario, che restano distinti.

A questo proposito Pericu esprime preoccupazione circa la preparazione professionale dei negoziatori pubblici, che gli appaiono meno preparati dei negoziatori della parte privata. Ma questi sono difetti ai quali era sperabile che si potesse rimediare. Non prende in considerazione, invece, gli inconvenienti prospettati negli studi di economia dell'organizzazione, che mettono in guardia contro l'incompletezza dei contratti. Questi studi fanno presente che non sempre la scelta di comprare anziché fare da sé è conveniente: non è conveniente quando il comprare (nel caso nostro esternalizzare la gestione dei servizi) comporta contratti di durata, che in una certa misura sono inevitabilmente incompleti. Il che dà luogo ai problemi che i giuristi chiamano costi di transazione.

Una recente indagine di Arera ci informa che nei contratti di servizio

¹ *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, 846-848.

² *L'attività consensuale della P.A.*, 823-824.

spesso mancano addirittura i contenuti che sono prescritti dalle leggi, e che sono carenti elementi relativi alla qualità dei servizi: cito parole di Arera³. L'indagine di Arera riguarda i contratti nel settore dei rifiuti; non so se ci siano caratteri particolari del settore dei rifiuti che spieghino questa incompletezza, ma mi pare improbabile.

Ma in quegli anni si faceva strada anche il cosiddetto partenariato istituzionalizzato, vale a dire la collaborazione pubblico-privato attraverso la società mista. Non era ancora uscito il Libro Verde della Commissione sul partenariato – che è del 2004 – ma già la legge sulle autonomie locali prevedeva che i servizi potessero essere gestiti per mezzo di società per azioni a partecipazione pubblica maggioritaria. Su questa modalità di gestione Pericu svolge un intervento ad un convegno nel 1996⁴.

Pericu solleva una serie di questioni, e non a tutte dà una risposta netta. È chiaro però che le sue perplessità sono dovute alla “specialità” della posizione del socio pubblico nella società incaricata della gestione. Il socio pubblico non è un socio come gli altri, e non lo è proprio perché è titolare del servizio da gestire, ed è per questa ragione che deve avere il controllo della società. La specialità del socio pubblico comporta dunque la commistione dei ruoli di socio e di responsabile del servizio, e questa commistione di ruoli lascia intendere che il controllo societario è diretto a influire sulla gestione del servizio.

Certo, a quel tempo si trattava del controllo ordinario, secondo le regole del diritto societario. Clausole statutarie e patti parasociali dovevano essere compatibili con la competenza esclusiva degli amministratori della società. Non era ancora venuto il tempo del cosiddetto controllo pubblico, che comporta poteri in deroga alle norme codicistiche sulle competenze degli amministratori. Ma anche nel contesto del tempo Pericu avvertiva il rischio che la società divenisse una sorta di Divisione del Comune. Proprio quello che la gestione a mezzo terzi avrebbe dovuto evitare.

La critica di Pericu si rivolge contro il tentativo di ottenere il buon esito della gestione intervenendo sull'organizzazione imprenditoriale. A suo giudizio la commistione di ruoli faceva dell'imprenditore “un imprenditore zoppo”, che non realizzava pienamente né gli scopi pubblicistici, né

³ Documento per la consultazione 643/2022/R/rif., 7, nt. 3.

⁴ *La partecipazione degli enti locali alle società per la gestione dei servizi*, 911-915.

quelli propriamente imprenditoriali. Pericu parla della “esigenza di difendere la società dal potere politico”, e per questo occorre che la condotta della società di gestione fosse regolata esclusivamente da atti contrattuali.

Il controllo dell’ente responsabile del servizio è sì necessario, e potrebbe anche richiedere verifiche successive alla costituzione del rapporto con il gestore, ma doveva trattarsi di verifiche tra pari, con proposte e controproposte contrattuali.

Se guardiamo all’oggi nella prospettiva di Pericu, constatiamo che il Testo Unico delle società partecipate realizza i timori di cui vi dicevo.

Nell’art. 2, che contiene le definizioni, troviamo la definizione del controllo, non del controllo pubblico; questa definizione rimanda alla nozione del codice civile, ma aggiunge che “il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all’attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo” – vale a dire il consenso del socio o dei soci pubblici. Nello stesso art. 2 segue la definizione di “società a controllo pubblico”, che è la società nella quale il socio pubblico esercita il controllo come definito più sopra. Abbiamo così, indirettamente, la definizione del controllo pubblico.

Vi sono poi gli articoli 16 e 17, che sono dedicati rispettivamente alle società in house e alle società miste costituite per la gestione di servizi pubblici. In entrambi gli articoli si prevede che gli statuti possano stabilire deroghe alla competenza degli amministratori. Nel caso delle società miste viene precisato che le deroghe hanno lo scopo “di consentire il controllo interno del socio pubblico sulla gestione dell’impresa”. Quindi il controllo del socio pubblico sulla società mista non è più quello ordinario, e arriva a contendere la competenza esclusiva degli amministratori, come avviene nella società in house.

Senonché, nelle società in house l’ampiezza del controllo del socio pubblico si spiega perché serve a realizzare le condizioni per l’affidamento diretto del contratto, vale a dire a realizzare la situazione in cui l’amministrazione esercita sulla società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi; ma perché il “controllo interno” nelle società miste? Devono diventare una sorta di Divisione del Comune, come ipotizzava Pericu?

Inoltre, il Testo Unico stabilisce che i diritti sociali sono esercitati dal Sindaco o da un suo delegato, nonostante la competenza del Consiglio comunale in materia di concessione di pubblici servizi (art. 42, comma 2, lett. e).

Con le norme che ho citato il legislatore delegato ha attuato a modo suo la legge delega. L'art. 18 della legge prescriveva che fossero rafforzati i "controlli interni previsti dal Testo unico degli enti locali". Ma lo stesso art. 18 precisava che i controlli interni da rafforzare erano quelli utili per conoscere i dati relativi alla gestione: un tipo di controllo che si direbbe diretto a porre rimedio alla asimmetria informativa che si accompagna alla contrattualizzazione del rapporto tra l'ente responsabile del servizio e il gestore. Non vi è niente in questo principio direttivo che autorizzasse a derogare alle norme del codice civile sul governo delle società.

Non mi dilungo su questa questione, e torno ai ragionamenti di Pericu, il quale osservava che nella concessione gli interessi del concedente e del concessionario restano distinti, mentre con la società mista nasce un soggetto nuovo, il cui interesse non è né quello del socio pubblico, né quello del socio privato, e non è chiaro quale sia. Pericu sollevava dubbi, che non erano sollecitati da preoccupazioni di carattere dogmatico: al Nostro non interessava la purezza dell'istituto societario, interessavano piuttosto le conseguenze operative. Le regole del Testo Unico delle partecipate rendono attuale la contraddizione che i ragionamenti di Pericu mettevano in evidenza: perché esternalizzare se viene meno la separazione della politica dalla gestione? E perché la forma societaria, se questa forma cessa di essere garanzia di autonomia imprenditoriale e viene piegata ad esigenze di controllo pubblico?

Non sono riuscita a trovare dati che mi permettano di passare dai ragionamenti sui modelli alla verifica delle ipotesi che stanno alla base dei modelli. I ragionamenti su vantaggi e inconvenienti del controllo pubblico restano congetturali oggi come lo erano al tempo in cui Pericu scriveva. Le relazioni al Parlamento della Corte dei conti sulle società partecipate non aiutano.

Il Testo Unico delle partecipate prevede che la Corte dei conti valuti se le deliberazioni di costituzione delle società a partecipazione pubblica sono conformi alle disposizioni del medesimo Testo Unico. Ma la valutazione rimessa alla Corte dei conti non risponde alle domande circa l'uso

che viene fatto dei poteri in deroga al diritto societario. Del resto, la magistratura contabile è interessata ai riflessi finanziari del rapporto tra l'ente responsabile del servizio e la società di gestione, non è interessata alla gestione come tale.

CONCLUSIONI

GIUSEPPE PERICU
(TRA PRINCIPI SECOLARI
E L'ORDINAMENTO CHE CAMBIA)

Giuliano Amato

Ho sentito e ho imparato molte cose oggi su Beppe Pericu e i suoi lavori. E poco sarei in grado di aggiungere, se non portassi il discorso su un profilo che io, più di ogni altro, posso svolgere, che è l'analogia e, per una parte delle nostre vite, la vera e propria vicinanza delle nostre esperienze. Su questo perciò intendo soffermarmi.

Beppe ed io ci siamo trovati assistenti insieme nella Facoltà di Scienze Politiche della Sapienza negli anni '60: io di diritto costituzionale comparato, lui di diritto amministrativo. Nonostante la parziale diversità delle discipline, avevamo interessi comuni, incentrati sul diritto dell'economia e sugli strumenti, allora in costante innovazione, di intervento dello Stato nell'economia, dei quali io mi occupavo anche in ragione del ruolo di collaboratore giuridico al ministero del bilancio e della programmazione. Fu forse questo a portare me sullo stesso terreno di analisi sul quale lavorava Beppe. Ancorché figli, entrambi, di una cultura giuridica deduttiva, che partiva dai principi e scendeva a ravvisarne i tratti nello specifico dei singoli istituti, noi partivamo all'opposto dall'esame delle singole leggi, ne percorrevamo le discipline e coglievamo lì i fili che portavano ai principi da cui esse derivavano; del che ci servivamo per cogliere anche quanto gli stessi principi venivano evolvendo grazie alle nuove discipline.

Era facile, quando ci trovavamo in Istituto, scambiarci idee e osservazioni su quello che facevamo, non soltanto per l'affinità del metodo, ma anche perché stavamo lavorando in buona parte sugli stessi temi. Faccio

notare che il mio libro sul governo dell'industria in Italia uscì nel 1972, il suo sulle sovvenzioni pubbliche era appena uscito nel 1971.

Né c'era solo questo ad unirci. Eravamo entrambi socialisti, saremmo entrati più tardi nel partito democratico e avremmo assunto entrambi cariche pubbliche, affiancate al lavoro di studiosi, che non avremmo mai abbandonato. Beppe ebbe in più la professione di avvocato, a cui si dedicò con continuità (e con grande successo). Entrambi avremmo perciò appartenuto alla categoria dei giuristi impuri e lo avremmo rivendicato con orgoglio, nonostante una parte dell'accademia abbia sempre guardato con un certo disprezzo chi inquina lo studio con la pratica, trovandosi per ciò stesso a elaborare soluzioni – così la critica – fondate non sui principi, ma sugli interessi. Lo avremmo rivendicato con orgoglio e, addirittura, con le stesse parole, senza sapere l'uno dell'altro. È stato leggendo il ricordo di Beppe, scritto dopo la sua scomparsa da Giuseppe Morbidelli, che ho scoperto l'espressione usata dallo stesso Beppe – anziché vivere negli attici infiorati dei principi astratti, ho preferito frequentare polverose e buie cantine. Ebbene così, quasi testualmente (ho aggiunto i miasmi a cui si è esposti nei locali da noi frequentati e dai quali si tengono lontani gli abitanti degli attici), mi sono espresso io in una rievocazione di Giuseppe Guarino. Guarino, che del giurista impuro è stato un campione e interprete indomito, dimostrando alla stregua di altri grandi, da Cammeo a Giannini, quali utili fucine possano essere le attività c.d. pratiche.

Certo, lo studioso che è tale e che tale rimane dalle attività pratiche non si fa sommergere, le usa come laboratori dove trova spaccati interpretativi che la lettura delle opere dottrinali, da sola, non potrebbe mai dargli. Io mi trovai a criticare aspramente i colleghi che, come me e lo stesso Beppe, si erano impegnati nella costruzione delle architetture su cui nacquero le Regioni e che poi delle Regioni divennero gli avvocati, senza più alcun interesse per ciò che stava sopra la specificità dei loro singoli casi. Nelle cantine non si può restare rinchiusi.

Non pecco di immodestia se dico che non ci siamo restati né Beppe né io. Al contrario, forse anche per la stagione che abbiamo vissuto, fra i nostri principali interessi c'è sempre stata non la cancellazione dei principi, ma l'interazione fra la legislazione, la soluzione delle singole questioni, e la conformazione, l'evoluzione, la presa dei principi. Ho già ricordato

poc'anzi il metodo che ci accomunava. Ed è appena il caso di ricordare altresì che a quel tempo era un metodo tanto fecondo, quanto direi quasi eversivo. Alle nostre spalle c'erano infatti le pandette, non il legislatore, come fonte dei principi, c'era il metodo deduttivo, che da lì desumeva le cornici in cui dovevano essere inquadrare le diverse fattispecie di cui ci si occupava. In più occasioni ho rammentato le monografie degli anni Cinquanta e Sessanta, che avrebbero dovuto fungere da modelli per noi giovani di allora. Non erano certo tutte eguali e non tutte uscivano da un unico stampone. Ma uno stampone c'era, in base al quale c'era sempre una parte generale, quasi sempre eguale a se stessa – schema base identico (il concetto di ..., le sue varietà e sottospecie, analogie e differenze e via di questo passo) e identiche le note (con citazioni, nei lavori di diritto pubblico, di Laband, Jhering, Jellinek e pochi altri santoni sicuri) – seguita da una parte speciale, volta a volta dedicata al tema specifico della monografia, con problemi che sempre trovavano risposta negli eterni principi della parte generale.

Ecco, non erano questi i libri che volevamo scrivere, pensavamo che il bagaglio conoscitivo per scrivere, fosse pure su un tema di solo diritto, non includesse soltanto la dogmatica giuridica, ma si estendesse alle altre discipline che ti fanno capire come e perché evolvono gli ordinamenti; e in ogni caso partisse da ciò che il diritto positivo è arrivato ad essere su ciò che stai studiando, dalle leggi, quindi, e dalle decisioni riguardanti la tua materia, che devi esaminare ricavando da lì, non da Laband e Jellinek, i principi che l'ordinamento sta applicando. Non si trattava né si tratta – sia chiaro – di santificare ciò che il legislatore viene facendo, all'insegna della asserita razionalità di tutto ciò che è reale. Sappiamo benissimo che non è così, ma proprio per questo è dall'esame dei singoli rami dell'ordinamento che riusciamo a desumere le categorie utilizzate, i principi applicati, i principi distorti, la coerenza e la ragionevolezza nel trattare diversamente o in modo eguale situazioni delle quali abbiamo identificato i tratti eguali o diversi. Con una ben precisa conseguenza e cioè che i frutti di un tale esame, destinati a suddividersi nel nostro lavoro tra la parte generale e le conclusioni, saranno messi per iscritto necessariamente dopo, non prima della stesura di quella che è, nel vecchio stampone, la parte speciale.

Per affermare tutto questo alcuni di noi fondarono addirittura una ri-

vista, *Politica del diritto*, che esiste ancora oggi, ma che ebbe non a caso la sua grande stagione proprio negli anni '70. Beppe non fece parte del piccolo gruppo fondatore (Stefano Rodotà, Sabino Cassese, Gino Giugni, Federico Mancini e il sottoscritto), che ne divenne anche proprietario (oggi siamo rimasti ahimè solo in due). Ma il suo lavoro fu una esemplificazione fra le migliori di ciò che *Politica del diritto* intendeva affermare.

Prendete il suo lavoro sulle sovvenzioni pubbliche. Per lui i principi e le categorie giuridiche sono tutt'altro che marginali. Lui scrive al contrario per capire, e far capire, primo, che cosa sono giuridicamente tali sovvenzioni e, secondo, quali sono i principi che l'amministrazione deve rispettare nel deliberarle e nel gestirle. Le risposte, sotto entrambi i profili, gli vengono dal suo esame analitico: le sovvenzioni sono frutto di attività provvedimentali, sono quindi assoggettate alle regole che governano tali attività, mentre i principi base che le riguardano sono da un lato l'affidamento, dall'altro l'utilità sociale. In questi termini (che qui ho fin troppo sintetizzato) il lavoro fu uno spartiacque. E poteva essere scritto solo come fu scritto. In quale vecchio scrigno pandettistico avrebbe potuto trovare l'autore le chiavi per configurare e sistematizzare un istituto – la sovvenzione pubblica – che proprio nei suoi anni stava diventando uno degli architravi di un intervento pubblico largamente innovato?

Non saranno diversi il metodo e i risultati dei lavori a cui si dedicherà più tardi, da quelli sulle concessioni o sulle partecipazioni statali agli scritti in materia urbanistica ed edilizia. Pensando in particolare, ma non solo, alle partecipazioni statali, non posso non rammentare che Beppe, forse a differenza di diversi fra noi, i principi alla vecchia maniera li aveva proprio infissi tra le sue nozioni di base e a metterceli era stato il maestro di scuola orlandiana con cui era cresciuto. Con la conseguenza che camminava sulla nuova strada con l'atteggiamento di un san Tommaso sempre bisognoso di verificare nei fatti la fondatezza o l'infondatezza dei suoi punti di approdo a fronte di ciò che aveva dentro di sé. Basta che citi qui – ne avete parlato – la sua personale e non immediata disputa con l'assunto, da cui muoveva, che anche le attività private delle pubbliche amministrazioni siano coperte da riserva di legge. Qualunque cosa se ne pensi, anche questo fa parte del percorso che lo porta a cogliere la funzionalizzazione ad interessi pubblici pre-definiti di quelle stesse attività private e a ricostruire correttamente l'ampia e variegata fenomenologia in cui pub-

blico e privato si presentano agganciati, si tratti della concessione-contratto o dell'assetto delle partecipazioni statali.

Mi fermo qui, è inutile che, concludendo, sia io ad entrare nel merito di cose che avete discusso assai bene voi nelle vostre relazioni. Caso mai, questa stessa circostanza, vale a dire le relazioni svolte nella giornata di oggi, mi incoraggia a concludere diversamente da come molto spesso si fa quando si ricorda una grande figura del passato. È infatti frequente che tali ricordi sfocino in una *laudatio* del passato, che seppe darci figure del genere, e in una simmetrica *damnatio* del presente, che è ormai incapace di produrne e ci pone così alla mercé di ignoranza, di incompetenza e quindi di incapacità di fare, ricercare o scrivere, ciò che dovrebbe essere fatto, ricercato o scritto.

Ebbene, in questa occasione non ho alcuna ragione di concludere così. Sarà ancora per merito suo (e quindi un po' di *laudatio* del passato non può non esserci), certo si è che qui mi sono trovato davanti una schiera di studiosi, ed *in primis* fra di loro i suoi allievi, tutti post pandettistici; e tutti non a caso autori di opere non suddivise in quella parte generale e in quella parte speciale con cui noi, sessant'anni fa, dovemmo fare i conti. Posso solo esserne contento e ringraziarvi.

Finito di stampare nel mese di marzo 2024
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto pubblico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, pp. XXII-348.
2. ROBERTO GIANOLIO, *Le occupazioni d'urgenza*, 1963, pp. VII-226.
3. VITTORIO ITALIA, *La denominazione nel diritto pubblico*, 1966, pp. XVII-209.
4. VALERIO ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, 1969, pp. IV-892.
5. VITTORIO ITALIA, *Gli statuti nel diritto pubblico*. vol. I, *Potestà e norma statutaria*, 1974, pp. XXVI-430.
6. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Il partito politico nella Costituzione italiana*, 1969.
7. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, 1972, pp. XII-372.
8. RICCARDO VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, 1971, pp. VIII-636.
9. VITTORIO ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, 1970, pp. XVI-366.
10. GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970, ristampa 1974, pp. VIII-224.
11. VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, 1977, pp. XII-257.
12. RICCARDO VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, 1974, pp. VIII-212.
13. GIANFRANCO MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, 1974, pp. VIII-244.
14. ALDO BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, 1974, pp. VIII-404.
15. GUIDO GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, pp. IV-406.
16. CARLO EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, 1977, pp. IV-252.
17. ALDO BARDUSCO, *Lo stato regionale italiano*, 1980, pp. IV-252.
18. RICCARDO VILLATA, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, 1980, pp. IV-176.
19. GUIDO GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1980, pp. IV-256.
20. MARIA LUISA MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, 1982, pp. VIII-168.
21. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, 1983, pp. IV-280.
22. ERMINIO FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, 1986, pp. XVI-276.
23. ENZO BALBONI-FABRIZIO D'ADDABBO-ANTONIO D'ANDREA-GIOVANNI GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova (1985-1987)*, 1988, pp. XVI-236.
24. CARLO ENRICO PALIERO-ALDO TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, pp. XVI-356.
25. MARCO SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, 1991, pp. XII-352.
26. GIOVANNI BOGNETTI, *La cultura giuridica e le facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, 1991, pp. X-198.
27. SERENA MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*, 1991, pp. VIII-156.

28. MARTA CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, 1991, pp. VI-138.
29. GIOVANNI BOGNETTI, *Europa in crisi*, 1991, pp. VIII-184.
30. MARILISA D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, 1993, pp. XIV-182.
31. GIOVANNI BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, 1993, pp. X-206.
32. MARILISA D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, 1994, pp. VIII-286.
33. GABRIELLA MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, 1994, pp. X-106.
34. GIOVANNI BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, 1996, pp. VI-136.
35. LUCA ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, pp. XII-446.
36. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. X-352.
37. MAURIZIO CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, 1996, pp. VIII-360.
38. MARCO BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997, pp. VIII-242.
39. GIOVANNI BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, 1998, pp. XII-182.
40. MARGHERITA RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, 1998, pp. XII-524.
41. *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Atti del Convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di Gianfranco Mor, Stefania Ninatti, Quirino Camerlengo e Giulio Enea Vigevani, 1999, pp. VIII-194.
42. GABRIELLA MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, 1999, pp. X-262.
43. ALESSANDRA CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, 2000, pp. X-198.
44. MARIA ELENA GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, 2000, pp. X-316.
45. LUCA ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, 2000, pp. XII-418.
46. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del Convegno - Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di Nicolò Zanon e Francesca Biondi, introduzione di Gustavo Zagrebelsky, 2001, pp. XVI-302.
47. MIRYAM IACOMETTI, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, 2001, pp. X-518.
48. *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. I e II, 2002, pp. X-1602.
49. *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di Vittorio Angiolini, Lorenza Violini, Nicolò Zanon, 2002, pp. X-488.
50. QUIRINO CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, 2002, pp. XIV-444.
51. GIUSEPPE MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, 2003, pp. XIV-412.
52. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, 2004, pp. X-350.
53. FRANCESCO GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, pp. X-396.
54. STEFANIA NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, 2004, pp. XIV-324.
55. *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Nicolò Zanon e Alessandra Concaro, 2005, pp. VI-424.
56. *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*. Primo Incontro di Studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, con la collaborazione di Quirino Camerlengo, 2005, pp. X-590.
57. *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*. Atti del Convegno internazionale in onore del prof. Valerio Onida - Milano, 15 aprile 2005, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2006, pp. X-192.

58. QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, pp. X-358.
59. MARCO CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 2007, pp. XVI-590.
60. MONICA DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, pp. XIV-306.
61. PAOLO PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, pp. XVI-698.
62. SARA VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, 2008, pp. XXXII-422.
63. LUCA BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, 2008, pp. X-324.
64. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, 2008, pp. XX-456.
65. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti) - How Constitutional Courts make decisions*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2009, pp. VIII-232.
66. GIUSEPPE PERICU, *Scritti scelti*, 2009, pp. VI-956.
67. STEFANO CATALANO, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, 2010, pp. VIII-392.
68. IRENE PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, 2011, pp. XVIII-318.
69. *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, 2011, pp. VIII-504.
70. MONICA DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, 2011, pp. VIII-208.
71. SARA VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, 2012, pp. X-214.
72. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedurali e strumentalità rispetto alla funzione regolatoria*, 2012, pp. VIII-248.
73. FRANCESCA BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, 2012, pp. XIV-232.
74. BARBARA RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2012, pp. X-270.
75. GIUSEPPE ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale*, 2013, pp. XIV-376.
76. LUCA PIETRO VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, 2013, pp. VIII-318.
77. BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, 2014, pp. X-346.
78. ELISA FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, 2014, pp. XII-412.
79. *Scritti scelti di Giovanni Bogneri*, a cura di Miryam Iacometti, 2015, pp. XXXVI-530.
80. PAOLO PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, con prefazione di Diana-Urania Galetta, 2015, pp. XX-332.
81. *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*. Atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 maggio 2014, a cura di Nicolò Zanon, 2015, pp. XII-202.
82. STEFANIA LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, 2016, pp. X-394.
83. ALESSANDRA OSTI, *Teoria e prassi dell'access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, 2016, pp. X-238.
84. ANNALISA NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, 2016, pp. XLII-450.
85. ANTONIA BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora ...*, 2016, pp. XII-268.

86. SARA VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, 2016, pp. XIII-348.
87. BENEDETTA LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, pp. XVI-772.
88. FILIPPO ROSSI, *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, 2017, pp. X-322.
89. *Il diritto all'acqua*, a cura di Lorenza Violini e Barbara Randazzo, 2017, pp. VI-282.
90. FEDERICO GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, 2018, pp. XVI-304.

Per i tipi di Giappichelli

91. GIADA RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020, pp. X-246.
92. LORENZA VIOLINI, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, 2021, pp. XVIII-286.
93. *La Costituzione non odia. Conoscere, prevenire e contrastare l'hate speech on line*, a cura di Marilisa D'Amico e Cecilia Siccardi, 2021, pp. XXII-234.
94. GIULIA FORMICI, *La disciplina della data retention tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, 2021, pp. XIV-434.
95. A.A.VV., *Cinquant'anni dopo. L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato. Scritti di diritto processuale amministrativo dedicati a Riccardo Villata*, 2021, pp. XIV-274.
96. ELISABETTA CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 Cedu al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, 2021, pp. X-142.
97. MARCO ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, 2022, pp. XVI-208.
98. BENEDETTA LIBERALI, *Un processo bifronte. Stato e Regioni davanti alla Corte costituzionale*, 2022, pp. XXXII-400.
99. *Diritto e valutazioni scientifiche*, a cura di Benedetta Liberali e Lavinia Del Corona, 2022, pp. XXVI-518.
100. LAVINIA DEL CORONA, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, 2022, pp. XVI-312.
101. ANTONIA BARAGGIA, *Stati Uniti e Irlanda. La regolamentazione dell'aborto in due esperienze paradigmatiche*, Seconda edizione, 2022, pp. X-214.
102. FILIPPO ROSSI, *Ragionevoli dubbi. Percorsi storici del recesso unilaterale*, 2022, pp. XIV-314.
103. RAFFAELLA BIANCHI RIVA, *Lo scandalo tra alto medioevo e prima età moderna. Itinerari tra dimensione giuridica, politica e sociale*, 2022, pp. XII-316.
104. ANTONIA BARAGGIA, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti d'America, Canada e Unione europea*, 2023, pp. X-270.
105. *One health. Dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, a cura di Lorenza Violini, 2023, pp. VIII-168.
106. *Parole pericolose. Conflitto e bilanciamento tra libertà e limiti. Una prospettiva trasversale*, a cura di Sara V. Parini, 2023, pp. XXVI-214.
107. DANIELE CAMONI, *Diritto all'istruzione e opinioni dissenzianti in prospettiva comparata*, 2023, pp. XII-324.
108. ELISABETTA ROMANI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nella giustizia amministrativa*, 2023, pp. XVI-512.
109. LUCA PIETRO VANONI, *«Never let a good crisis go to waste». Il principio della separazione dei poteri prima e dopo la pandemia*, 2023, pp. XX-348.
110. DANIELA BUCCOMINO, *Ingeniorum delectus. I dottori in diritto dello studio di Pavia (1525-1796)*, 2023, pp. XII-988.

111. *L'intervento nel processo amministrativo*, a cura di Margherita Ramajoli e Riccardo Villata, 2023, pp. XII-292.
112. *Scritti in onore di Miryam Iacometti*, a cura di Lorenza Violini, Antonia Baraggia, Alessandra Osti, Luca Pietro Vanoni, 2023, pp. XIV-258.
113. PIETRO VILLASCHI, *Rappresentante e rappresentato al tempo della rivoluzione digitale*, 2024, pp. XX-444.
114. *Il diritto amministrativo tra ordine sistematico e realtà economico-sociale. Scritti in ricordo di Giuseppe Pericu*, a cura di Eugenio Bruti Liberati, Maurizio Cafagno, Luigi Piscitelli, Margherita Ramajoli, Marco Sica, 2024, pp. XXXIV-142.

