

Articoli e note

n. 6-2014 - © copyright

GIUSEPPE DURANO

Il T.A.R. Lombardia – Brescia affronta nuovamente la *vexata quaestio* degli extra-oneri imponibili al privato in cambio dell'esercizio dello *jus aedificandi*

[T.A.R. LOMBARDIA- BRESCIA, SEZ. I, 6.6.2013, N.539.](#)

Presidente Petruzzelli; Estensore Tenca.

Extraoneri- *jus aedificandi* subordinato alla realizzazione di dotazioni territoriali- violazione art. 23 Cost.- principio di consensualità- scelte urbanistiche concordate- accordi pubblico/privato- rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

I recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa[1] hanno ampliato i confini del potere del “governo del territorio” e la sua discrezionalità, determinando una conseguente valorizzazione della potestà conformativa dell’Amm.ne pianificatrice. In una nuova prospettiva dinamica di pianificazione urbanistica, l’Amm.ne può effettuare scelte urbanistiche attribuendo determinati indici di edificabilità, prevedendo però delle prescrizioni a carico del privato, consistenti nel realizzare opere utili alla collettività. La capacità edificatoria, le infrastrutture e le attrezzature di servizio previste per ogni ambito di trasformazione si collocano in un disegno più ampio, funzionale agli obiettivi generali e rispondono a esigenze di equità e sostenibilità.

La sentenza in commento, in conformità con la consolidata giurisprudenza amministrativa in tema di accordi e convenzioni urbanistiche, afferma ancora una volta come sia perfettamente legittimo per l’Amm.ne comunale concordare con il privato un c.d. “scambio edificatorio”. Il Comune, nel solco delle nuove frontiere della pianificazione urbanistica, può subordinare l’edificabilità di un comparto alla realizzazione di dotazioni territoriali aggiuntive da parte del privato che beneficia della volumetria assentita. La decisione del T.A.R. Lombardo non solo afferma con forza tale assunto ma è incisiva dal punto di vista della motivazione, poiché si sofferma sui concetti di “dotazione territoriale” e “proporzionalità”, che devono ispirare l’accordo pubblico-privato.

SOMMARIO: 1. La sentenza - 2. I problemi affrontati - 2.1 L’utilizzo degli accordi amministrativi per concordare le trasformazioni urbanistiche e la possibilità di richiedere i c.d. extra-oneri - 2.2 Il contenuto delle convenzioni urbanistiche alla luce della disciplina dettata dall’art. 11 della L. n. 241/90 - 3. Riflessioni conclusive - 4. Gli orientamenti giurisprudenziali - 5. La dottrina.

1. La sentenza.

La sentenza del Tribunale Amministrativo bresciano si inserisce in un panorama giurisprudenziale oggi fortemente consolidato. Nonostante ciò è una decisione innovativa sotto molteplici punti di vista, perché non

solo conferma quanto già ampiamente sostenuto dalla dottrina e da giurisprudenza amministrativa maggioritaria, cioè la natura contrattuale degli accordi amministrativi in materia urbanistica e, quindi, la possibilità che con il consenso delle parti siano previste premialità edificatorie a fronte di opere di interesse pubblico a carico dei privati (c.d. extra-oneri), ma si spinge ancora oltre, sostenendo che è **la stessa Amm.ne a poter subordinare la edificabilità di un comparto alla realizzazione di infrastrutture e attrezzature di servizio (prestabilite dal Comune nella disciplina del comparto), che si collocano in un disegno più ampio e funzionale rispetto agli obiettivi generali prefissati dagli strumenti di pianificazione urbanistica.**

Se infatti è ormai assodato che *“il ricorso a moduli convenzionali nella fase della pianificazione attuativa è ormai un dato consolidato del sistema ordinamentale urbanistico, e gli strumenti consensuali - utili al perseguimento di finalità perequative - traggono fondamento nel combinato disposto degli artt. 1, comma 1 bis, e 11 della L. 241/90, con piena fungibilità del modello consensuale rispetto a quello autoritativo, sul presupposto della maggiore idoneità del primo al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse”*, non è altrettanto scontato che possa essere l'Amm.ne, nella individuazione del comparto, non solo a subordinarne la edificazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione e delle dotazioni territoriali aggiuntive, ma che la medesima possa inoltre individuare concretamente quelle opere, necessarie e funzionali al disegno urbanistico prefigurato, che devono essere garantite dal privato affinché egli possa usufruire delle volumetrie assentite.

Il Collegio, inserendosi nel più ampio dibattito sul rinnovato concetto di potere di governo del territorio, in virtù del quale il potere discrezionale dell'Amm.ne in campo urbanistico si è ampliato notevolmente nella sua discrezionalità e può perseguire finalità socio-economiche[2], finora non contemplate e comunque marginalizzate rispetto all'interesse (privato) al soddisfacimento delle potenzialità edificatorie della proprietà, ha legittimato la scelta del Comune di Torbole Casaglia di individuare un comparto, all'interno del quale, a fronte del riconoscimento di un indice di edificabilità esteso a tutti i proprietari, venivano imposte delle prescrizioni[3].

L'area dei ricorrenti, classificata come agricola dal previgente PRG, veniva, conformemente a quanto richiesto dai proprietari, inserita nel nuovo comparto APT7 (a destinazione produttiva) del PGT, giovandosi di un notevole aumento di volumetria a seguito della modifica urbanistica da area agricola ad area produttiva.

Tale presupposto di fatto è imprescindibile per comprendere le linee guida su cui si è mosso il Collegio giudicante. Difatti i ricorrenti, con il ricorso introduttivo lamentavano la presunta illegittimità di tali prescrizioni, nella parte in cui imponevano delle prestazioni patrimoniali per atto amministrativo, in violazione dell'art.23 Cost., e prevedevano la realizzazione, da parte del privato lottizzante, di opere (un magazzino comunale e una rotatoria posta a notevole distanza dal comparto) estranee al comparto oggetto di edificazione. I ricorrenti ritenevano inoltre che vi fosse stata una lesione del principio di ragionevolezza e una lesione del canone di proporzionalità, in considerazione del fatto che il valore delle opere richieste (pari a € 820.000) rappresentasse un peso economico eccessivamente oneroso per il lottizzante, tale da rendere antieconomico l'investimento.

Sulla scorta di quanto sopra riferito in ordine all'estensione dei confini del concetto di “potere di governo del territorio” ed alla consequenziale maggiore ampiezza della discrezionalità che lo connota, il T.A.R. Brescia, disattendendo le censure proposte dai ricorrenti, ha ritenuto perfettamente legittime le prescrizioni imposte dal Comune, sia per la natura delle opere imposte (**il magazzino appare classificabile come struttura idonea al servizio delle attività istituzionali dell'amministrazione e dei servizi di interesse generale dalla stessa forniti all'intera collettività, in quanto destinato ad ospitare il ricovero di mezzi e attrezzature pubbliche: auto di servizio, scuolabus, attrezzature per manifestazioni, attrezzi da lavoro, ecc.**), sia per la rilevanza economica delle stesse, sicuramente congrua rispetto al vantaggio economico conseguito dal privato con la concessa edificabilità.

In ossequio al canone di proporzionalità, tanto caro all'ordinamento europeo, i giudici amministrativi, volutamente occupandosi dei dettagli economici dell'intervento in questione, hanno ritenuto “congrua e proporzionata” la somma richiesta dall'Amm.ne, ritenuta necessaria per la realizzazione delle dotazioni territoriali, considerando l'aumento di valore che ha interessato l'area di proprietà dei ricorrenti, che da agricola, quale era classificata (valore di 10€/mq), per effetto della nuova destinazione urbanistica, ha ricevuto la classificazione di “area destinata ad insediamenti produttivi” (valore di 142,80 €/mq). **E' significativo come i giudici amministrativi si siano indotti ad una quantificazione economica degli interessi in gioco, al fine di dimostrare il pieno rispetto del canone di proporzionalità e la conseguente legittimità delle richieste avanzate dal Comune.**

Il quadro suesposto prefigura una rinnovata concezione di pianificazione del territorio, ove la proprietà, che da sempre ha trovato pieno soddisfacimento nel riconoscimento dello *jus aedificandi*, acquista una ulteriore e rilevante funzione sociale, che deve essere perseguita attraverso scelte urbanistiche, vincolate esclusivamente al rispetto di criteri di razionalità, ragionevolezza e proporzionalità, da osservare anche nella distribuzione di oneri e vincoli[4].

2. I problemi affrontati.

La giurisprudenza amministrativa negli ultimi tempi ha ripetutamente affrontato le problematiche legate alla

c.d. *urbanistica contrattata*. Per intenderci, si tratta di quei casi in cui l'esercizio dello *jus aedificandi*, da tempo considerato inerente al diritto di proprietà, viene *concordato* con l'Amm.ne, che in una prospettiva dinamica della pianificazione urbanistica, lo subordina ad un scambio, alla stipula di un "contratto", dove trovano regolazione il riconoscimento dei volumi concessi al privato e la previsione delle opere pubbliche, che lo stesso deve realizzare, costituenti le dotazioni territoriali aggiuntive imposte.

Tale dinamica *contrattualistica*, caratterizzata da un vero e proprio scambio di prestazioni reciproche tra pubblico e privato, ha sollevato non poche problematiche. I giudici amministrativi hanno dovuto rispondere alle impugnazioni dei privati, che, dopo aver concluso gli accordi con l'Amm.ne, ne invocavano la presunta illegittimità per violazione dell'art. 23 Cost e per le violazioni attinenti ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, lì dove, gli accordi erano ritenuti troppo onerosi e non rispettosi dei principi di equità-sostenibilità. Ma più volte, a partire dalla nota sentenza del Consiglio di Stato sul Piano Regolatore di Roma[5], i giudici amministrativi hanno affermato come in tali casi l'attuazione delle prescrizioni sia rimessa al contratto, o meglio alla convenzione urbanistica (o all'accordo di cui all'art.11 della l.241/90) nella quale la libera manifestazione di volontà del privato vale a derogare al principio di legalità.

Si tratta di esercizio volontario della parte privata, che aderisce all'urbanizzazione composita del comparto in questione. In caso d'inerzia la fattispecie prescrittiva non si realizza, potendo tuttavia l'amministrazione procedere attraverso procedure espropriative al fine di realizzare le opere de qua.

2.1 L'utilizzo degli accordi amministrativi per concordare le trasformazioni urbanistiche e la possibilità di richiedere i c.d. extra-oneri.

I sostenitori dell'utilizzo dei moduli consensuali, alla luce dei varchi aperti dal legislatore per nuove forme di amministrazione "concordata", hanno intravisto nell'art. 11 della L. n. 241/1990, in particolar modo dopo la riforma del 2005, la norma di chiusura che legittima l'uso del modulo consensuale anche in assenza di specifica disciplina di settore che ne legittimi e preveda l'utilizzo; l'art. 11 ha infatti offerto copertura normativa a tutti i moduli convenzionali esistenti nell'ordinamento, compresi quelli disciplinati dalle specifiche leggi di settore e, ovviamente, ha esercitato la sua *vis attractiva* anche nei confronti delle convenzioni urbanistiche[6], il cui prototipo è tuttora rappresentato dalla c.d. convenzione di lottizzazione, disciplinata dall'art. 28 della L. n. 1150 del 1942.

Oggetto degli accordi è l'esercizio della funzione pubblica di governo del territorio e della disciplina edilizia concordata tra la P.A. e il privato che, in cambio dei pretesi titoli edilizi, provvede alla diretta esecuzione delle opere di urbanizzazione[7], con possibilità di scomputarne i costi dagli oneri dovuti all'Amministrazione comunale. Le convenzioni urbanistiche si concretizzano in uno scambio di beni immateriali, dove i diritti edificatori sono concessi dalla pubblica amministrazione in cambio delle prestazioni d'opera del privato; è proprio in tale sede che frequentemente possono essere imposti maggiori oneri al privato che, pur di poter esercitare il proprio *jus aedificandi*, si impegna a sopportare oneri esorbitanti rispetto a quelli dovuti in stretta applicazione di previsioni legislative.

Ecco che, come è accaduto nella fattispecie esaminata dalla sentenza in commento, l'Amm.ne, in cambio dei titoli edilizi, può richiedere degli oneri che superino quantitativamente quelli previsti dalla legge, senza che ciò possa inficiare la legittimità di tale richiesta né configuri una lesione del principio di legalità, in quanto frutto di un incontro negoziale delle volontà delle parti, che prestano il loro consenso per l'assetto di interessi determinato.

Il potere pianificatorio per mezzo di tali accordi non è svilito né sostituito dall'autonomia privata ma è semplicemente esercitato per mezzo di nuovi moduli, diversi da quelli fondati sul classico metodo autoritativo, che consentono un assetto degli interessi maggiormente condiviso e vantaggioso per entrambe le parti dell'accordo.

Si inseriscono nel negozio ampi spazi di consensualità, lì dove prima regnava sovrano il potere discrezionale ed autoritativo della Pubblica Amministrazione[8]; ciò che viene contratto in sostanza è il *quid* e il *quomodo* dell'azione amministrativa, senza che mai venga intaccato il potere di cui solo ed esclusivamente la P.A. è titolare. Con la convenzione urbanistica l'Amministrazione non si obbliga ad esercitare il potere autorizzatorio connesso con il titolo abilitativo edilizio, ma si vincola, qualora decida di rilasciare discrezionalmente tale titolo, a conformarlo ai contenuti che sono stati convenuti in sede di negoziazione [9].

L'utilizzo degli strumenti consensuali, se pur ha trovato un suo fondamento normativo con l'art. 11 della L. n. 241/1990, presenta però tuttora dei punti di criticità notevoli, dal momento che la normativa sugli accordi non è esauriente e manca una specifica normativa di settore che stabilisca i principi cardine entro i quali l'accordo si può muovere.

Lo strumento dell'accordo, che ha i medesimi scopi pubblici del provvedimento amministrativo, consente attraverso la consensualità di raggiungere la migliore composizione e soddisfazione possibile degli interessi in gioco, conducendo a un risultato ulteriore e migliorativo rispetto a quello conseguito con il provvedimento *ex lege* [10].

Come risulta evidente, è oramai assodato che il principio di consensualità, se pur con i dovuti limiti imposti dal principio di legalità, è entrato a far parte del nostro ordinamento anche nella prospettiva di rendere possibile un

consenso sulle scelte urbanistiche pianificatorie future, non più imposte quindi autoritativamente, ma suscettibili di essere concordate con il privato.

E' però importante che l'interesse pubblico in tali accordi non vada a coincidere con il mero corrispettivo economico, in denaro o in opere pubbliche realizzate dal privato, a vantaggio della P.A.; gli accordi non devono ridursi a un mero scambio sinallagmatico tra modificazione della previsione urbanistica e impegno alla realizzazione di opere pubbliche, ma devono tradursi in una nuova modalità di esercizio del potere pubblico che consenta di regolare e ottimizzare il bilanciamento dell'interesse pubblico primario e di quello del privato[11].

Nonostante i moduli consensuali siano oggi entrati di prepotenza nel patrimonio giuridico del nostro ordinamento, spingendo le Pubbliche Amministrazioni verso più consapevoli posizioni democratiche, non deve sottacersi che la mancanza di una specifica normativa, che ne delimiti il raggio di azione e predetermini i contenuti ammissibili, rischia di creare ingiustificate penalizzazioni per la parte privata.

Difatti, in mancanza di apposita disciplina, l'Amministrazione sarebbe portata tendenzialmente a valutare positivamente le proposte del privato solo ove ritenesse il vantaggio conseguito molto più consistente rispetto a quello conseguibile attraverso l'esercizio unilaterale del potere pubblico; si rischia, nella sostanza, di fornire alla Pubblica Amministrazione uno strumento che sfugge ai canoni della legalità dettati dalla legge, dal momento che in sede negoziale gli interessi in gioco sono regolati sulla base dell'autonomia contrattuale delle parti. In tal modo il privato, che rappresenta nella maggior parte dei casi la parte debole del rapporto, è esposto al rischio di pretese spropositate e inadeguate da parte della P.A., vedendosi costretto ad accettare oneri del tutto incongrui rispetto all'oggetto dello scambio, pur di vedere soddisfatte le proprie aspettative edificatorie in sede di procedimento consensuale.

Tali eventualità avrebbero gravi ripercussioni sul principio di legalità dell'azione amministrativa che, oltre ad essere ineguale, rischierebbe anche di celare vantaggi illeciti e nuove forme di corruzione [12].

Sarebbe certamente auspicabile a tal riguardo, una disciplina legislativa di settore, che pur lasciando libertà negoziale alle parti per la determinazione del contenuto dell'accordo, delineasse le linee guida di misurazione dell'interesse pubblico al fine di garantire un'equità nello scambio pubblico-privato [13].

Nel predetto vuoto normativo, si inserisce con grande incisività la sentenza in commento, nella parte in cui, pur in mancanza di precisi parametri per la valutazione circa la sussistenza della proporzionalità-ragionevolezza (principi che devono ispirare l'accordo pubblico-privato), il giudice, con uno sforzo interpretativo, ricava i predetti canoni ed ancora la legittimità delle prescrizioni urbanistiche ai canoni di proporzionalità, desumendoli dalla fattispecie concreta ed inquadrandoli nel più ampio disegno urbanistico, che la recente giurisprudenza amministrativa ha delineato.

2.2 Il contenuto delle convenzioni urbanistiche alla luce della disciplina dettata dall'art. 11 della L. n. 241/90.

Il tema dell'accordo amministrativo verte sulla possibile conciliazione tra potere e consenso, unilateralità e bilateralità, imperatività e autoregolazione; tenendo però presente che dove c'è interesse pubblico c'è potere pubblico.

Ed è proprio la presenza necessitata del potere pubblico che rende legittimo chiedersi se possano esserci modalità alternative di esercizio del potere che prescindano dal provvedimento amministrativo autoritativo, essendo certamente azzardato e infondato sostenere che l'azione amministrativa possa essere equiparata all'attività di diritto privato dell'amministrazione.

Alla luce della sopra delineata evoluzione dottrina, non è impensabile sostenere che laddove vi sia una contrapposizione di interessi pubblici e privati, il potere, funzionalizzato sempre e comunque alla tutela dell'interesse pubblico, possa trovare nuove forme di elezione al fine di perseguire l'obiettivo fissato dalla legge.

Oggi il ruolo del privato nello scenario amministrativo, e ancor di più nel campo urbanistico, non è limitato alla mera esecuzione delle scelte urbanistiche effettuate dalla pubblica amministrazione, ma può spingersi verso nuovi orizzonti, comportando significative conseguenze all'interno dei processi decisionali e sulla possibilità di utilizzare nuovi strumenti di esercizio del potere al fine di raggiungere un performante e più efficiente contemperamento tra interessi pubblici e privati[14].

E allora il problema non è più quello di capire la natura giuridica degli accordi ma quello di comprenderne la loro utilità.

Come segnalato da ampia parte della dottrina, gli accordi amministrativi, sebbene contengano tutti gli elementi definitori dell'art. 1321 cod.civ., ivi compresa la patrimonialità, sono fonte di effetti propri ma, diversamente dal contratto di diritto privato, sono diretti ad arricchire il contenuto del provvedimento amministrativo, conseguendo effetti ulteriori rispetto a quelli che normalmente si produrrebbero con le dinamiche di esercizio unilaterale del potere.

Si delineano nell'accordo tratti tipici sia del contratto che del provvedimento e non può prescindere dalla specialità del carattere dell'accordo rispetto al tipico negozio di diritto privato.

Pur essendo stata riconosciuta la pacifica applicabilità delle clausole del codice civile, come l'art. 1322 che declina l'espressione dell'autonomia privata nella determinazione degli accordi, non può negarsi che gli stessi

restino caratterizzati dalla presenza dell'oggetto pubblico coinvolto, con la naturale conseguenza che risulterà improponibile una completa parificazione del contratto all'accordo, che conserverà sempre tratti peculiari di specialità a causa del proprio oggetto pubblicistico. In sostanza, se pur sempre di contratti si tratta, non può prescindersi dalla pubblicità dell'oggetto, che aveva indotto in passato il Giannini a delineare la configurabilità del contratto ad oggetto pubblico, all'interno del quale restano presenti le peculiarità tipiche del potere pubblico.

Non a caso l'art. 11, comma 4-bis, prevede la determina preliminare dell'organo competente all'emissione dell'accordo al fine giustificare il ricorso al modulo consensuale, rappresentando il pubblico interesse perseguito. La stessa previsione del potere di revoca per pubblico interesse ex art. 11, comma 4, e la recentissima modifica del comma 3 dell'art. 11, il quale prevede che "*gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3*" (aggiunto dall'art. 1, L. 6 novembre 2012, n. 190), testimoniano come gli accordi non siano totalmente equiparabili ai contratti. Se pur inserita nella legge anti-corrruzione, tale ultima integrazione conferma la presenza di tratti di specialità nella norma, che configura un'alternativa all'esercizio unilaterale del potere, senza che possa ritenersi perseguita una sostanziale parificazione tra accordo e strumento contrattuale disciplinato dal codice civile. Difatti l'uso delle norme civili è espressamente previsto dal medesimo art.11 con la clausola di chiusura che ne consente l'applicabilità solo se compatibili e ove non sia diversamente previsto.

Oggi anche alla luce della novella legislativa del 2005, che ha consentito l'utilizzo degli accordi anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, estendendo dunque l'istituto alle fattispecie di accordi sostituitivi di provvedimento e non solo determinativi del provvedimento, sarebbe quantomeno fuorviante, seppur suggestivo, ricondurre gli accordi nell'ambito della piena autonomia privata. Il legislatore ha voluto fornire all'ordinamento, nel presupposto della vigenza del principio di tipicità e nominatività degli atti amministrativi, la piena fungibilità di uno strumento alternativo, quale è l'accordo, che consenta di perseguire un assetto di interessi altrimenti non perseguibile in via autoritativa. I contenuti atipici dell'accordo rappresentano la sua ricchezza e la stessa ragion d'essere dell'istituto. Il suo ambito d'applicazione, se pur esteso fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, non può comunque comportare il superamento del tradizionale principio di legalità amministrativa, essendo consentita la configurazione di un assetto di interessi diverso da quello delineabile con il provvedimento amministrativo, ma sempre ed esclusivamente *preater legem* e mai *contra legem*. In ciò si riscontrano i vantaggi ma anche i limiti dell'accordo, strumento che - come detto - consente di prevedere aspetti anche patrimoniali non prevedibili dal provvedimento, ma sempre nel rispetto del principio di legalità.

L'accordo può quindi essere visto come un modo di esercizio della discrezionalità amministrativa, destinato a riempire gli spazi lasciati in bianco dalla norma per consentire un equilibrio di interessi su materie controvertibili, non raggiungibile per via autoritativa. L'accordo non serve ad erogare al privato vantaggi illegittimi o anche illeciti, ma deve restare tipica espressione del potere amministrativo, comunque confinato negli ambiti del principio di legalità dell'azione amministrativa, utile a perseguire assetti di interessi più performanti ed efficienti.

In estrema sintesi per capire l'essenza dell'accordo è fondamentale comprendere come esso non rappresenti la definitiva soluzione del problema dell'efficienza-efficacia dell'azione amministrativa, ma costituisca solo uno strumento che, grazie alla sua flessibilità e capacità di recepire il consenso del soggetto amministrato, favorisce la complessiva razionalità dell'azione amministrativa e garantisce una maggior adesione dei cittadini alle scelte dell'*agere* amministrativo, potendosi così meglio perseguire i valori di verità-giustizia dell'*agere* nel rispetto del principio di proporzionalità dei mezzi rispetto ai fini.

3. Riflessioni conclusive.

Alla luce del processo evolutivo che ha pervaso l'azione amministrativa nel corso degli ultimi anni e delle recenti posizioni giurisprudenziali in materia di accordi amministrativi, possiamo certamente affermare che l'atto autoritativo non è più il solo strumento utilizzato per la cura di interessi pubblici: essenziale è il fine pubblico ma fungibili sono gli strumenti attraverso cui perseguirlo. In sostanza il diritto privato assunto dalla sfera pubblica si rivela in sé un neutro strumento organizzatorio.

Ciò che deve essere compreso appieno e deve essere predeterminato è l'ambito di operatività di accordi negoziali che sostituiscono i provvedimenti amministrativi, al fine di evitare che la negoziazione diventi la sede degli interessi di categoria, e non una modalità di miglior perseguimento degli interessi pubblici-privati.

In base a quanto stabilito dall'art. 11 della L. n. 241/90, il modulo convenzionale dell'accordo è utilizzabile ogniqualevolta l'Amministrazione ritenga opportuno e conveniente adottarlo in luogo del provvedimento; dall'altra parte appare superfluo soffermarsi sul ruolo del privato, il quale, come in tutti i casi in cui si trova ad esercitare la sua autonomia privata, presta il proprio consenso solo in quelle situazioni in cui ritiene che ricorra per egli stesso un considerevole vantaggio. Ecco che il modulo convenzionale o pattizio dell'*agere* amministrativo è utilizzabile in tutti quei casi in cui la legge non ne fa espresso divieto ed entro i limiti di meritevolezza dettati dall'art. 1322 cod. civ.[15].

In tale direzione l'accordo segue il consueto limite della sua meritevolezza, non discostandosi dai tradizionali canoni dell'autonomia privata, ma pur sempre nell'ambito speciale di un accordo che ha come oggetto una

potestà pubblica. Ciò può essere letto sia in chiave pubblicistica, per quanti ritengono tale elemento fondamentale per la classificazione giuridica dell'istituto nell'alveo degli strumenti pubblicistici, sia in chiave privatistica, per quanti ritengono fondamentale la riconducibilità dell'istituto alle regole contrattuali tipiche del diritto civile. In realtà vere sono entrambe le posizioni dal momento che l'accordo presuppone la sussistenza di un'autorità amministrativa ma questa, nel caso di specie, trova nuove ed alternative modalità di esercizio del potere pubblico, in quanto tali non riconducibili a mera spendita della capacità di diritto privato dell'Amministrazione stessa.

L'azione amministrativa, pur se esercitata per moduli privatistici, non perde la propria connotazione pubblicistica ma, nella semplice e naturale ricerca di una miglior efficienza e ed economicità per il perseguimento degli interessi pubblici, trova nuove modalità di applicazione.

Il problema è stabilire in quale misura l'amministrazione possa, per mezzo dell'accordo, ottenere risultati diversi da quelli altrimenti perseguibili in via autoritativa, senza che ciò comporti violazioni del principio di legalità o dei canoni posti dall'art. 97 Cost.

Da una parte l'accordo è un'espressione mediata del potere amministrativo; dall'altra è il frutto della libera determinazione delle parti ex art. 1322 cod.civ., che vincola le stesse al rispetto del rapporto in virtù dei dettami dell'art. 1372 cod.civ. senza però che ciò comporti la perdita del pubblico potere da parte della P.A..

Viene in soccorso a tal proposito l'illuminante richiamo ad una celebre ricostruzione sul potere pubblico compiuta da M. Nigro, il quale affermava che *“se c'è qualcosa, che per sua natura, è elastico e trasformabile in relazione alle circostanze concrete, è proprio il potere. Il potere ha una sola qualità di quelle che consuetamente gli si prestano: è inesauribile e irrinunciabile”*. Necessario e coerente corollario di tale definizione è che ogni obbligo il quale comporti un vincolo del potere è e deve essere assunto sempre *rebus sic stantibus* [16], con l'affermarsi del conseguente potere di revoca proprio dell'agere amministrativo.

Lo stesso Nigro, ancor prima dell'intervento del legislatore (art. 11 della L. n. 241/90), nello schema della legge predisposto dalla Commissione, che costituì l'ordito della L. n. 241 del 1990, all'art. 5, Titolo I, aveva previsto che il principio di contrattualità[17] fosse elevato a principio generale dell'azione amministrativa, al fianco dei principi di doverosità, informalità, pubblicità e motivazione. Ciò non avrebbe in alcun modo intaccato il potere pubblico nella sua caratteristica fondamentale: la inesauribilità. Coerentemente infatti anche l'art. 11, comma 4, della L. n. 241/90 preserva esplicitamente in capo alla Pubblica Amministrazione il potere di revoca.

L'accordo è vincolante per le parti ma il potere pubblico ne permea la disciplina.

Nella realtà dei fatti, i buoni propositi non furono integralmente recepiti dal legislatore che, nel testo originario dell'art. 11 della L. n. 241/1990, applicava il principio di contrattualità limitandolo solo agli accordi c.d. determinativi (riguardo il contenuto discrezionale del provvedimento), rinviando ad ulteriori previsioni legislative la disciplina degli accordi sostitutivi.

Si dovrà infatti attendere l'art. 7 della L. 11 febbraio 2005 per superare tale limitazione e dirigersi definitivamente verso un sistema flessibile e fortemente differenziato, non scandito più dal “dominio territoriale” di un solo soggetto, ma in cui programmazione e gestione territoriale, specie in campo urbanistico, siano legate a concertazioni tra Regioni, Province, Comuni e altri soggetti.

In tale ottica deve escludersi che la materia possa essere proficuamente oggetto di una legge statale, la cui disciplina è per sua natura tendenzialmente uniforme; miglior partito appare quello di lasciare spazio alla sperimentazione regionale, nel cui ambito solamente si può confidare che vengano trovate (la o meglio) le dimensioni ottimali di una pianificazione, la quale tenga conto da un lato delle variabili della geografia socioeconomica e dall'altro della ricchezza delle esperienze storiche.

In ossequio all'applicazione dei principi ispiratori della legge sul procedimento e di quei principi comunitari che ne hanno ispirato le successive riforme per il perseguimento di una più efficace, condivisa ed efficiente azione amministrativa, sarebbe senz'altro opportuno riaprire il dibattito sui c.d. accordi normativi tra P.A. e privato e, alla luce delle recenti posizioni della giurisprudenza e della diffusione degli strumenti consensuali, ripensare la possibilità di normativizzare il principio di contrattualità delle potestà amministrative e delle prestazioni private, al fine di perseguire un miglior bilanciamento degli interessi pubblici e privati. Ma questo è solo un auspicio nell'attesa di poter annoverare e commentare nuovi traguardi nel percorso di piena realizzazione di una pratica, funzionale, efficiente e “perfettamente armonica” amministrazione della “cosa pubblica”.

4. Gli orientamenti giurisprudenziali

La giurisprudenza amministrativa a partire dalla sentenza sul PRg di Roma, con cui si è legittimato l'utilizzo dello strumento consensuale in campo urbanistico, si è consolidata nel considerare ammissibili gli accordi amministrativi che regolino le scelte urbanistiche con numerose sentenze sia dei TT.AA.RR. che dello stesso Consiglio di Stato: C.d.S., Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545; C.d.S., Sez. IV, 23 agosto 2010, n. 5904; C.d.S., Sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2040; C.d.S., Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 351; C.d.S., Sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3262; T.A.R. Lombardia-Brescia, sez. I, 31 gennaio 2011, n. 193; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. II, 5 ottobre 2012, n. 2469; T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. II, 8 maggio 2013, n. 443; Sez. II, 8 maggio 2013, n. 4579; T.A.R. Veneto, Sez. II, 25 gennaio 2012, n. 33.

Nel senso opposto, si segnalano alcune decisioni del Giudice Amministrativo, che hanno ritenuto l'illegittimità

dell'accordo, lì dove prevedeva la realizzazione di extra-oneri a carico del privato, in quanto tali previsioni derogavano al principio di legalità, gravando sul privato oneri in quantità eccedenti a quelli previsti dalle normative vigenti. In tal senso: T.A.R. Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253; T.A.R. Lazio, sez. II bis, 4 febbraio 2010, n. 1524 e 17 febbraio 2010, n. 2383; T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4026.

5. Dottrina

M.S. Giannini, *L'attività amministrativa, Enc. dir., vol. III, Giuffrè, Milano, 1958, 988 ss*; G. Miele, *Problemi costituzionali e amministrativi della pianificazione economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 782 ss.; M. Nigro, introduzione in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, p. 45, M. Costantino (a cura di), Giuffrè, Milano, 1978; V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, n.2/2003, pag.244 ss; G.Sciullo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 04, 805; A.Travi, *Accordi fra proprietari e Comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Studi economico giuridici v.60, Università degli studi di Cagliari*, F. Ledda (in memoria di), Giappichelli, Torino, 2004; B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 01, 1, P. Carpentieri, *L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità: alcuni spunti di riflessione a margine della riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustizia-amministrativa.it; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011; P.Grauso, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 43 e ss.; P.Urbani, *Urbanistica consensuale, pregiudizio del giudice penale*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, 2, p. 47; P. Urbani, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in *Urbanistica e Appalti*, I, 2013, p.59; P.Urbani, *Urbanistica solidale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011. P.urbani., *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell'azione amministrativa. A proposito delle sentenze del T.A.R. Lazio sul PRG di Roma*, in www.pausania.it.

[1] Il riferimento è alle note sentenze con cui il Consiglio di Stato ha legittimato gli strumenti urbanistici dei Comuni di Cortina D'Ampezzo (C.d.S., Sez. IV, 10/05/2012, n. 2710) e Palo del Colle (C.d.S., Sez. IV, 28/11/2012, n. 6040). I Giudici di Palazzo Spada hanno legittimato l'esercizio del potere pianificatorio in una visione più ampia e dinamica dell'urbanistica, non come mero coordinamento delle potenzialità edificatorie della proprietà privata, ma come terreno di elezione della disciplina del territorio per la tutela del diritto di proprietà ma anche degli equilibri socio- economici che devono essere garantiti alla collettività che usufruisce del bene territorio.

[2] *“Le nuove scelte urbanistiche non richiedono argomentazioni particolari e dettagliate bensì una motivazione evincibile dai criteri e dai principi generali che ispirano il novello strumento urbanistico”* (T.R.G.A. Trento, 11 luglio 2012, n.219); il Consiglio di Stato, sulla scia delle decisioni n.2710/2012 e n.6040/2012, si è soffermato recentemente sul concetto di urbanistica, affermando *“che va al di là della disciplina coordinata dell'edificazione dei suoli in modo da realizzare finalità “più complessive”, connesse, in particolare a quello che è il concetto- cardine dell'urbanistica e cioè la regolazione di tutti gli aspetti dell'uso del territorio”* (Consiglio di Stato, Sezione IV, 4 settembre 2013, n.4454 e Consiglio di Stato, Sezione IV, 8 luglio 2013, n. 3606.)

[3] Era imposto ai privati lottizzanti di arretrare l'edificazione dal torrente Grandovere di 60mt, di mantenere a verde privato una fascia interna al lotto posto a ridosso della zona SP2N e di cedere *“gratuitamente”* chiavi in mano al Comune *un idoneo edificio ... da destinare a magazzino comunale per una Sc di mq 1.000”* e di costruire *“una rotatoria all'intersezione tra v. Deretti e v. per Castel Mella del diametro minimo di m. 22, con marciapiedi a lato della rotatoria e in lato sud di v. Deretti, della dimensione minima di m. 1,50”*.

[4] Cfr. T.A.R. Lombardia- Brescia, Sez. I, 28.11.2012, n. 1859.

[5] Cfr. C.d.S., sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545. Alla base dell'accordo, secondo quanto sostenuto dai Giudici Amministrativi, vi è il consenso, all'interno di una dinamica di esercizio del potere in forma consensuale anziché unilaterale, per cui la previsione di un contributo straordinario a fronte di un'edificabilità premiale è il legittimo risultato di un meccanismo contrattuale al quale le parti aderiscono prestando il loro legittimo consenso.

[6] Si può affermare che *“è pacifica la natura di accordi delle convenzioni anche per la giurisprudenza”*. In tal senso cfr. Cons. St., 23 agosto 2010, n. 5904, che *“con riguardo alle convenzioni di lottizzazione....”*, sottolinea come queste *“...rientrando tra gli accordi procedurali di cui all'art. 11 della legge n. 241 del 1990, comportino la giurisdizione del giudice amministrativo sia in merito alla domanda avente ad oggetto la risoluzione della suddetta convenzione per inadempimento della P.A., sia per quella concernente la condanna di quest'ultima al risarcimento del danno”* (così da ultimo Cass. civ., Sez. Un., sent. 25 maggio 2007, n. 12186; Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 214).

[7] Sul punto deve essere considerata la rilevante sentenza della *Corte di Giustizia CE, sez. VI, 12 luglio 2001*, in causa C-399/98, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 2295. E' interessante notare come, pur non potendosi pronunciare sulla

questione pregiudiziale avente ad oggetto la compatibilità dell'art.11 L. n. 241/90 con i principi di diritto comunitario, stante la mancata indicazione da parte del giudice *a quo* delle disposizioni di diritto comunitario da interpretare, la Corte, nell'interpretare la direttiva n. 93/37/CEE, ha ribadito come tale normativa osti ad una norma urbanistica nazionale che consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, di realizzare in via diretta le opere di urbanizzazione, a totale scemuto dei contributi dovuti, qualora il valore delle opere sia eguale o superiore dalla soglia fissata dalla direttiva comunitaria di cui trattasi.

[8] Cfr. Cass. Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7452. In tal senso si veda anche S. Civitaresse Matteucci, *“Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa”*, op. cit., pag. 173, *“le convenzioni urbanistiche sono atti di autolimita del potere discrezionale della P.A., che vincolano la stessa al rispetto di una certa disciplina con rilevanza obiettiva in relazione ai successivi comportamenti”*.

[9] In tal senso cfr., Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, dove si afferma che *“l'accordo può essere concluso al fine di determinare il contenuto del provvedimento finale...non quindi il provvedimento discrezionale finale, ma il suo contenuto...e può essere stipulato se fornisce ad entrambe le parti utilità maggiore di quella della mera adozione del provvedimento finale”*.

[10] Cfr. Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in Cons. St., 1, 2002, p. 1411, dove si asserisce che *“l'accordo si deve rivelare essenziale al fine di raggiungere un equilibrio sull'assetto degli interessi altrimenti non raggiungibile per via autoritativa”*.

[11] Sui profili problematici della negoziabilità del potere pubblico e gli aspetti esorbitanti dell'attività negoziale della p.a. V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, n.2/2003, pag.244 ss. L'A. riconduce tali profili di esorbitanza a tre elementi causali: il principio di economicità e convenienza (di cui il principio di copertura finanziaria costituisce un aspetto), il principio della parità di accesso (che si riconnette all'imparzialità della p.a.) e il principio della corretta esecuzione del contratto. M. R. Spasiano, *La funzione amministrativa: da tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2/2004, 297 ss., nell'ambito di una nozione di *“statuto unitario dell'attività amministrativa”*, comprensivo sia della funzione pubblica che dei servizi pubblici, sottolinea come le *“modalità attuative e (gli) strumenti operativi, persino (la) soggettività di diversa natura giuridica (di tipo pubblico o privatistico), comunque non investono - nel senso di negarla - la sussistenza dell'esercizio di una funzione amministrativa e, di conseguenza, della necessaria applicazione dei principi propri di essa”* (p. 346).

[12] Per una più ampia trattazione del tema si consenta di rinviare a P. Urbani, *“Urbanistica consensuale, pregiudizio del giudice penale”*, in *“Riv. giur. edil.”*, 2009, 2, p. 47.

[13] La legge tedesca sul procedimento amministrativo si è preoccupata di delimitare l'ambito degli accordi, prevedendo che gli obblighi assunti dai privati debbano essere *“appropriati”* e *“in giusto rapporto”*.

[14] Cfr. al riguardo S. Civitaresse Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, a cura di F. Pugliese, E. Ferrari, Milano, 1999, 163 ss.; M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2004, 539 ss.; A. Travi, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, 2002, V, c. 274 ss.; P. Urbani, *Pianificare per accordi*, in www.pausania.it.

[15] In tal senso si è espressa l'importante decisione del C.d.S, sez.VI, 15 maggio 2002, n. 2636. Per una completa ricostruzione dell'istituto giuridico dell'accordo, le tipologie esistenti (procedimentali e sostitutivi) e le modalità di formazione dello stesso si consiglia l'integrale lettura. Cfr. sul punto anche P.Grauso, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 43 e ss..

[16] Così M. Nigro, introduzione in *“Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati”*, p. 45, COSTANTINO M. (a cura di), Giuffrè, Milano, 1978.

[17] Principio di contrattualità è inteso nel senso di fornire alla P.A. la possibilità di perseguire le finalità pubbliche anche per mezzo dell'accordo con i privati.

(pubblicato il 26.6.2014)

