
Diritto e processo amministrativo

Edizioni Scientifiche Italiane

Diritto e processo amministrativo

Rivista trimestrale

Anno X – n. 2/2016

INDICE

- FABIO MERUSI, *Sulla giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza) a 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana* 333
- FABIO CINTIOLI, *Giurisdizione della Corte dei conti e partiti politici* 357
- VITTORIO DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo* 375
- LUCA R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico* 393
- RICARDO PERLINGEIRO, *Una prospettiva storica di giurisdizione amministrativa nell'America latina: tradizione europeo-continentale versus l'influenza statunitense (A historical perspective on administrative jurisdiction in Latin America: continental European tradition versus US influence)*, tradotto da Martina Pelella 415
- PAOLO TANDA, *L'adunanza plenaria afferma la natura non retroattiva dell'acquisizione – ad opera della legge n. 69/2009 e del cod. proc. amm. – della natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato* 477
- ANTONIO NARDONE, *Lo sfruttamento degli spazi aeroportuali in bilico tra statuto pubblico e regime privatistico* 521
- MICHELE TRIMARCHI, *Le infrastrutture per il trasporto intermodale* 549

- RAFFAELLA DAGOSTINO, *La rilevanza del fatto scientificamente incerto nel processo amministrativo. Riflessioni a margine del caso M.U.O.S.* 575
- GIUSEPPE DURANO, *Gli accordi amministrativi quale efficiente strumento per la gestione e la pianificazione del territorio* 613
- ANGELA FRAGOMENI, *La natura dell'espropriazione indiretta, con particolare riferimento all'acquisizione sanante, sua disciplina alla luce dei più recenti orientamenti del giudice nazionale; compatibilità con i principi dell'ordinamento multilivello* 655
- LUCA PRESUTTI, *L'ordine di trattazione dei ricorsi tra storia e sistema* 701
- GIUSTINO VALERIANO AGOSTINONE, *La evoluzione del concetto di provvedimento amministrativo* 789

GIUSEPPE DURANO

GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI QUALE EFFICIENTE STRUMENTO PER LA GESTIONE E LA PIANIFICAZIONE DEL TERRITORIO*

SOMMARIO: 1. Premesse: la diffusione degli strumenti di diritto privato nell'azione amministrativa. – 2. Moduli privatistici concertati per il perseguimento di interessi pubblici. – 3. L'utilizzo degli accordi amministrativi per "concordare" le scelte urbanistiche. – 4. Il contenuto delle convenzioni urbanistiche alla luce della disciplina dettata dall'art. 11 della l. n. 241/90. – 5. Le risposte della giurisprudenza sulla natura e l'uso degli accordi "urbanistici". – 6. Le finalità pubblicistiche cui mirano gli accordi pubblico-privato. – 7. Conclusioni.

1. – L'azione amministrativa, modificatasi nel corso degli anni – soprattutto per far fronte alle esigenze che hanno ispirato l'emanazione della legge sul procedimento amministrativo – si deve oggi confrontare con prospettive e prerogative ultronee e diverse rispetto a quelle che hanno ispirato l'originario progetto della l. n. 241/1990.

Se la legge sul procedimento amministrativo trae origine, infatti, dalla necessità di regolamentare il procedimento e di garantire la partecipazione dei cittadini amministrati, elevando a cardine del procedimento principi quali l'efficienza, l'economicità, la pubblicità e la partecipazione, le esigenze si sono nel tempo profondamente modificate e oggi, specie in seguito alle novità legislative introdotte dalla l. n. 15/2005, la legge aspira ad aprire nuovi orizzonti all'agire amministrativo.

* Il presente contributo costituisce una rielaborazione e un aggiornamento giurisprudenziale del saggio pubblicato nel volume: P. URBANI (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, 2015, che costituisce il risultato della ricerca PRIN 2009.

© Edizioni Scientifiche Italiane

Posto che la legge sul procedimento ha voluto garantire lo svolgimento di un'azione "partecipata" anche quando quest'ultima si strutturi attraverso le tipiche espressioni del potere autoritativo, il recepimento di principi di derivazione comunitaria¹, quali quello di sussidiarietà, proporzionalità, economicità, ha comportato un dirompente cambiamento di prospettive circa gli strumenti giuridici che la Pubblica Amministrazione può adottare nella cura dell'interesse pubblico.

È, infatti, sempre più sentita l'esigenza di improntare ad efficienza l'azione amministrativa e garantire quindi alla P.A. un esercizio del potere che non sia più, o soltanto, prettamente autoritativo, ma incontri anche e soprattutto il consenso del cittadino amministrato, così da rendere la scelta amministrativa più condivisa ed efficace, in ottica preventiva di un eventuale futuro contenzioso. È proprio in tale prospettiva che si inserisce il noto ed annoso dibattito, che vede contrapposti *diritto pubblico vs. diritto privato*², circa la possibilità per l'Amm.ne di utilizzare lo strumento contrattuale, come *chance* alternativa al classico provvedimento autoritativo, mediante l'uso del negozio giuridico consensuale come modulo di produzione di effetti giuridici.

L'estensione dell'utilizzo dello strumento contrattuale anche per le cose pubbliche caratterizzò lo Stato di diritto sin dai primordi, sul presupposto che fosse utile se non persino naturale agire consensualmente nei confronti dei privati; successivamente invece l'induri-

¹ Per una più ampia trattazione sui principi comunitari in materia di azione amministrativa e il noto impatto che hanno avuto sulla legge n. 241/90, così come modificata dalla l. n. 15/05, si veda *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le Leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di Caringella, De Carolis, De Marzo, tomo I, 23 e ss., Milano, 2005.

² Il tema - sempre più centrale nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale - è tra i più trattati nella dottrina amministrativistica e non è certo possibile in questa sede fornire indicazioni bibliografiche complete al riguardo. Tra gli interventi più recenti e importanti, oltre ai contributi citati *infra*, nelle note seguenti, si ricordano: S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2004, 901 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; AA.VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2001, Milano, 2002; V. CERULLI IRELLI *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.

mento progressivo dell'amalgama fra politicITÀ e diritto condusse altrettanto naturalmente a rifiutare l'idea che le cose di interesse pubblico per lo Stato fossero trattabili come ogni altro oggetto o interesse, dovendosi quindi giungere progressivamente alla separazione del "mondo pubblico", creando la demarcazione tra lo stesso e la disciplina giuridica dei privati.

Oggi invece istituti di diritto pubblico e istituti di diritto privato si intrecciano e devono intrecciarsi tra loro nella nuova disciplina dell'Amministrazione pubblica, impegnando la dottrina giuspubblicistica nel tentativo di determinarne nuovamente i reciproci confini.

Con la ricorrente espressione "privatizzazione del diritto amministrativo"³ si fa riferimento al fenomeno della penetrazione all'interno del mondo pubblicistico di istituti e sistemi di regole proprie del diritto privato. L'unità sistematica del diritto amministrativo, formatasi nel processo della "grande pubblicizzazione" del secolo XX, si va oggi frammentando e ancora non s'intravedono i termini della sua ricomposizione. Diritto pubblico e diritto privato hanno perso ogni connotato ideologico e funzionano come tecniche che il legislatore

³ In tale ottica, l'istituto dell'accordo amministrativo, disciplinato dall'art. 11 l. n. 241/90, è stato colto subito da quella corrente dottrina, che cavalca la tesi di una massiccia privatizzazione dell'attività amministrativa come la norma applicativa del presunto "*favor*" per la disciplina privatistica (che si suole intravedere in linea generale nel comma 1 *bis*). E la medesima Relazione Bassanini non ha ommesso di fare un chiaro collegamento tra le due disposizioni dell'art. 1, comma 1 *bis*, e dell'art. 11 della legge 241. Si tratterebbe, di spostamento radicale del baricentro dell'azione amministrativa, la quale sarebbe soggetta al diritto privato non solo in tutti i casi in cui possa avvalersi degli strumenti di diritto comune - e, dunque, degli strumenti a disposizione anche dei privati -, ma anche in tutti i casi in cui, sussistendo la disciplina pubblicistica dei provvedimenti amministrativi, l'Amministrazione optasse per la conclusione concordata e contrattuale del procedimento, anziché per quella dell'atto unilaterale. In tal caso la sostituibilità di disciplina sarebbe totale, tanto più ora che non solo l'accordo endoprocedimentale ma anche l'accordo sostitutivo risultano strumenti generali e non limitati ai casi previsti dalla legge (beninteso, nei limiti comunque della tipicità del potere, fissata dalla legge). Sicché la scelta dello strumento (ripetesi, consensuale, anziché unilaterale) comporterebbe non solo una particolare modalità di esercizio (concordato e non unilaterale) del potere, con conseguente arricchimento della fattispecie, ma anche la scelta della disciplina e del regime dell'atto-fonte, facendolo trascorrere dal campo fondamentalmente amministrativo al campo esclusivamente privatistico.

utilizza a seconda degli interessi tutelati e in correlazione ai risultati da perseguire. L'attesa dell'unità, il bisogno di ricongiungimento dei due diritti in un diritto comune, sembra ancora un'aspirazione lontana. Per adesso ci troviamo di fronte ad un cantiere aperto, sia sul versante nazionale che su quello europeo⁴.

Sul piano della riflessione generale, a quanti ricollegano all'attuale progressiva penetrazione del diritto privato e alla diffusa tendenza alla negoziazione una corrispondente riduzione dell'area di incidenza della normazione speciale amministrativa, si contrappone l'opinione di quanti leggono tali trasformazioni nella direzione di una riorganizzazione della sfera pubblica e del suo diritto. In particolare ad arretrare è l'area dell'autoritatività⁵, non quella della pubblicità, nella consapevolezza che pubblico non coincide e non deve necessariamente coincidere con autoritativo. La forza dell'atto e il regime dell'atto vanno infatti tenuti distinti: la rinuncia alla forza non ha implicazioni per il principio di legalità⁶.

Ovvia conseguenza dell'amministrazione concordata o negoziata, nella quale cioè la P.A. non sia in posizione di supremazia ma piuttosto in un rapporto di equiordinazione con il privato⁷, è stato l'intreccio tra branche dell'ordinamento ritenute tradizionalmente sepa-

⁴ Cfr. N. IRTI, in *Prefazione ad Amministrazione pubblica e diritto privato*, di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2011.

⁵ *Autoritatività* è inteso di regola come sinonimo di *imperatività* ed è termine che, oltre che in relazione al profilo della unilateralità del meccanismo produttivo dell'effetto giuridico, indicato nel testo, è adoperato per esprimere anche altri aspetti connessi dell'atto amministrativo, quali la sua obbligatorietà, il regime di annullabilità e, per taluni (secondo una visione più restrittiva), il carattere sfavorevole dell'effetto prodotto (secondo quest'ultima tesi, autoritativo sarebbe solo l'atto con effetti restrittivi della sfera giuridica dell'interessato). Sulla nozione di imperatività dell'atto – strettamente legata all'esercizio di poteri funzionali dell'amministrazione – è utile la lettura della nota sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1357 ss.

⁶ Così F. TRIMARCHI BANFI, in *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 1-2, 2008, 351.

⁷ Di qui la stessa definizione delle "convenzioni amministrative" quale testo concordato tra una pubblica amministrazione e una controparte contenente la determinazione consensuale di reciproci impegni, assunti mediante la comune sottoscrizione: cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 13.

rate, attraverso la trasposizione nel campo pubblicistico di strumenti propri di quello privatistico, con il curioso fenomeno di vedere così rivitalizzato l'istituto contrattuale, che nel suo terreno di originaria elezione è considerato da tempo in crisi. Da qui la dottrinale ammissione⁸ di un rinnovato pan-contrattualismo: laddove però il contratto, che peraltro assume in diritto pubblico diverse sinonimiche denominazioni, trova nuovi terreni di elezione in ambiti ordinamentali ad esso inizialmente non consoni. Questo viene a incidere considerevolmente sulla conformazione stessa di tale categoria contrattuale, sulla reale natura della fattispecie e sulla sua disciplina⁹; e cioè se essa assuma, in questa accezione, i connotati tipici del contratto di stampo civilistico, sia pure utilizzato al fine di amministrare¹⁰, ovvero conservi o debba conservare le caratteristiche proprie del provvedimento amministrativo.

All'interno di tale percorso di superamento dell'antica ideologia pan-pubblicistica, che consentiva la pubblicizzazione di rapporti prescindendo dalla loro qualificazione normativa, si può senza dubbio affermare che l'introduzione dell'art. 1, comma 1-bis¹¹, nella l. n. 241/1990 costituisce un punto di non ritorno.

⁸ Cfr. C. DONISI, *commento all'art. 1321*, in *Codice Civile*, Napoli, 2ª ed., 1991, 259.

⁹ Cfr. R. MARTUSCELLI, in *Profili delle convenzioni di lottizzazione nel quadro dell'amministrazione per accordi*, Febbraio 2011, in www.comparazioneDirittocivile.it.

¹⁰ Anche se per alcuni (cfr. V. MAZZARELLI, *Convenzioni e accordi amministrativi - III*) *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1998, 1) trattasi di problema da ritenersi ardirittura insolubile, sono state prospettate ben tre interpretazioni: che le convenzioni siano contratti; che siano negozi non rigorosamente ascrivibili tra i contratti; che siano accordi inseriti in procedure amministrative (altra cosa dunque dai contratti e negozi interpretati). Vd. sul tema, per tutti, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, 100; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica dir.*, 1993, 237 ss.; F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in AA.VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, S. AMOROSINO (a cura di), Milano, 1995, 255.

¹¹ Sull'art. 1, comma 1-bis, della l. n. 241/90 e la sua portata innovativa cfr., G. DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa della p.a.*, in *Urb. e App.*, 4, 2005, 382, parla di "portata assai residuale del comma 1-bis dell'art. 1 della l. n. 241/1990". Per F. CARINGELLA, *Profili generali della riforma*, *ivi*, 377, "la norma si

Può quindi darsi per acquisita la consapevolezza che l'“*amministrare*” in senso sostanziale possa realizzarsi tanto con strumenti giuridici di diritto pubblico, quanto con strumenti giuridici di diritto privato, dipendendo la scelta esclusivamente da ragioni di ordine pratico vagliate dal legislatore.

Ma qual è effettivamente lo spazio del diritto privato dentro l'amministrazione pubblica? E ancora, qual è lo scopo, la *ratio* di questo

limita a esternare un principio ormai assodato da circa un ventennio, ossia quello della generale capacità negoziale della pubblica amministrazione e della soggezione dell'attività paritetica alle normali regole del diritto comune”. Rileva il carattere non particolarmente innovativo del nuovo comma 1-bis che, in definitiva, si risolverebbe nella mera applicazione del principio di legalità (salvo che si opti per una lettura più ampliata, che non sembra però andare al di là di una portata meramente persuasiva, di direttiva alla p.a. a privilegiare l'utilizzo di strumenti privatistici), G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5/2005, 482. F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità* in <http://www.giustamm.it>, osserva come “il comma 1-bis si presta a gravi equivoci” poiché la dizione secondo cui la p.a. “agisce secondo le norme del diritto privato” sarebbe molto più ampia della locuzione “utilizza gli strumenti del diritto privato” e consentirebbe di affermare che l'amministrazione sia svincolata dalla regola dell'interesse pubblico. Per A. TRAVI, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Corr. Giur.*, 4, 2005, 449, “non è chiaro quale potrà essere la portata pratica di questa disposizione”. Secondo S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e legge n. 15/2005: verso la riscoperta dell'unitarietà dell'interesse pubblico o verso una riserva indiana?* in *Cons. Stato*, 2005, II, 395 ss., al di là di numerosi rilievi critici cui la norma si presta, essa avrebbe tuttavia introdotto un'affermazione di principio di alto valore sistematico, vale a dire la sottoposizione dell'attività amministrativa non autoritativa da chiunque esercitata in regime di diritto privato (quella che l'A. chiama – 391 – *diritto privato speciale di interesse pubblico*) al rispetto dei medesimi canoni di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza del procedimento amministrativo, giusta il disposto del nuovo comma 1-ter dell'articolo 1 della legge n. 241 del 1990, il che avrebbe condotto, secondo le linee evolutive indicate dall'ord. della “plenaria” del Consiglio di Stato n. 1 del 2000, anziché secondo quelle tratteggiate dalla Consulta nella sentenza n. 204 del 2004, “non a una (inimmaginabile) privatizzazione del pubblico, ma ad una pubblicizzazione del privato perché nell'amministrazione di diritto privato l'hardware è (apparentemente) destinato a rimanere lo stesso ma il software è destinato ad essere radicalmente cambiato”. Sul dibattito preparatorio della riforma si veda il *dossier* dell'A.I.P.D.A. Osservazioni sul d.d.l. A.S. n. 4860, inviato alla Commissione Affari costituzionali del Senato, in *Bollettino AIPDA*, 2000/12, 1 ss.

annunciato ed irrinunciabile processo di trasformazione del sistema del diritto amministrativo?

In risposta a tali quesiti il diritto urbanistico diviene terreno di sperimentazioni senza eguali, campo di massima espressione per testare l'efficacia di tale commistione. Nel campo urbanistico, infatti, le recenti legislazioni regionali hanno dato ampio spazio all'utilizzo degli accordi e degli strumenti consensuali in luogo del provvedimento autoritativo, facendo ricorso alle convenzioni urbanistiche, strumento sovente utilizzato in passato ma catalogato come esterno e marginale rispetto alla centralità del provvedimento, che oggi riacquisiscono vigore per giocare un ruolo fondamentale in una nuova disciplina del territorio che, per la concreta attuazione dei disegni urbanistici prefissati, miri a concertarsi il più possibile con il consenso del privato attraverso l'utilizzo di moderni meccanismi di perequazione, compensazione e scambio.

2. - Se negli anni 90' la legge n. 241 aspirava principalmente a dare una disciplina al procedimento amministrativo e garantire all'interno dello stesso la partecipazione dei cittadini amministrati, oggi le esigenze sono mutate e si adeguano al corso dei tempi. Garantito quel minimo di partecipazione all'attività amministrativa autoritativa, si deve aspirare a garantire un migliore perseguimento dell'interesse pubblico, un'ottimizzazione dell'azione amministrativa in ossequio ai dettami dell'art. 97 Cost. e solo in tale prospettiva possiamo e dobbiamo inquadrare l'istituto dell'accordo ex art. 11 e fornire anche una logica spiegazione all'introduzione legislativa dell'art. 1, comma 1-bis¹².

Qualsiasi altro tentativo di leggere o interpretare l'azione amministrativa in chiave di autonomia privata è errato ma soprattutto fuor-

¹² La dottrina giuspubblicista ritiene che la Pubblica Amministrazione non possa prescindere dal perseguimento dell'interesse pubblico in nessun caso e sia errato parlare di "privatizzazione dell'attività amministrativa" (vedi supra nota n. 4). Su tali prospettazioni cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, dove l'Autore sostiene che "la disciplina privatistica debba essere considerata come aggiuntiva e non sostitutiva di quella pubblicistica, che rimane ferma, pur nella diversa forma dello strumento utilizzato".

viate dal momento che prende le mosse da un erroneo presupposto: che l'azione amministrativa sia autonoma e abbia funzione normativa. Così non è, difatti le linee guida per una corretta lettura dell'azione amministrativa sono costituite dall'art. 97 Cost., il quale pone un vincolo finalistico all'agire pubblico (perseguire l'interesse pubblico), che spesso interferisce con interessi privati, ed è in tali ricorrenti situazioni che il potere amministrativo trova nuove forme di elezione mediante un suo esercizio alternativo; appunto per moduli consensuali senza volere però aspirare al "preteso" superamento dell'autoritatività dell'azione amministrativa mediante l'utilizzo dell'accordo, strumento che garantisce alla P.A. un metodo alternativo per l'esercizio del proprio potere.

Presciadendo da aprioristici schematismi tesi a verificare se l'accordo si identifichi con il contratto di diritto pubblico o sia assimilabile *tout court* ad un contratto di diritto privato, si deve semplicemente ritenere che il legislatore, con la figura negoziale dell'accordo *ex art. 11*, ha individuato e disciplinato un nuovo strumento per l'esercizio del potere amministrativo, il quale deve contemperare interessi pubblici e privati all'interno del procedimento (al pari di ciò che avviene in sede provvedimento), e può essere utilizzato quando risulti essere funzionale a garantire una più efficiente ed ottimale composizione degli interessi coinvolti.

Alla luce dell'attuale evoluzione dell'agire amministrativo, diversamente da quanto accadeva in passato quando l'azione amministrativa si realizzava esclusivamente attraverso il provvedimento, considerato unico atto capace di sintetizzare l'esercizio del potere per il raggiungimento del pubblico interesse, oggi non è più il provvedimento a connotare l'azione amministrativa ma, partendo dal fondamentale precetto dell'art. 97 Cost., che pervade l'essere prima ancora che il *facere* della P.A., non può più accettarsi una visione dell'azione amministrativa, strettamente correlata con l'atto amministrativo¹³, che tenga

¹³ B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, si esprime sulla natura autoritativa del provvedimento amministrativo: il diritto amministrativo aveva posto le sue basi sull'idea di supremazia dell'amministrazione sui cittadini. L'imperatività è, da questo punto di vista, il riflesso di ciò che Vittorio Emanuele Orlando intendeva

ad escludere i negozi giuridici di diritto privato quali possibili strumenti funzionali alla cura del pubblico interesse.

In realtà tutta l'attività amministrativa è comunque funzionalizzata dall'articolo 97 Cost. e il ricorso al consenso non implica un'esclusione del diritto pubblico¹⁴. Amministrazione per mezzo del consenso

quando affermava che «lo Stato innanzitutto, nell'agire, comanda», o dell'approccio di Santi Romano, secondo il quale: «i soggetti, nel campo del diritto amministrativo, possono essere di diverse specie [...]. Ma la distinzione che ci sembra fondamentale e a cui quindi occorre subordinare le altre, è quella tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa». Atteggiamento ovviamente condiviso dalla giurisprudenza, come mostrato da quanto affermato in una sentenza della Corte di cassazione del 1929: «È principio fondamentale di diritto pubblico che l'attività dello Stato consiste nella esplicazione della sua sovranità. Allo Stato il diritto di comando per il conseguimento delle alte finalità di interesse generale, ai singoli politicamente consociati il dovere di sudditanza, che importa subordinazione del diritto individuale».

¹⁴ B.G. MATTARELLA, in *L'attività, in Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, tomo I, 2^a ed., *Diritto Amministrativo Generale*, Milano, 2003, 734 e ss., distingue un'attività amministrativa di diritto pubblico da un'attività amministrativa di diritto privato. Parla di un diritto privato speciale di interesse pubblico S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodi di Gordio*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1652 per evidenziare come l'agire privatistico della p.a. è sempre connotato da forti elementi di specialità rispetto al comune diritto dei privati. Su tali tematiche cfr. G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO A., ROVERSI MONACO, SCOCA, *Diritto amministrativo*, II ed., vol. II, Bologna, 1998, 1555 e ss.; F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. Amm.*, 2/2000, 277 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 649 ss. È interessante osservare sotto questo profilo come in definitiva non sia poi così scontato (o "ontologicamente" necessario) che i contratti della p.a. finalizzati alla provvista di beni, lavori e servizi (questo discorso vale oggi anche per la provvista del personale) debbano costituire un'eccezione al ricorso al diritto pubblico; è noto, ad es., che nel diritto francese vige la regola opposta, per cui anche i *contrats administratif* sono configurati come *actes de gestion publique* e sono sottoposti al sindacato del giudice amministrativo, mentre in Germania si è affermata la giurisdizione amministrativa sui contratti di diritto pubblico per la qualificazione pubblicistica delle norme che li disciplinano (per questi spunti cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche* cit., 221, nonché F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., 446). L'opinione prevalente concorda sulla non utilizzabilità della nozione di contratto di diritto pubblico (cfr., ad es., A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., 601). F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 664-665, rileva

non equivale ad amministrazione di diritto privato ma vuol dire utilizzo di nuovi metodi per il conseguimento di migliori risultati. Difatti il consenso può sia precedere l'emanazione dell'atto amministrativo ed essere utilizzato come elemento endo-procedimentale, sia rappresentare lo strumento ultimo finalizzato alla cura dell'interesse pubblico, che trova quindi la sua naturale sede nell'atto consensuale dell'accordo, diverso dal provvedimento, ma senza che ciò implichi rinuncia ai canoni dell'art. 97 Cost. e al rispetto del principio di legalità. Si tratta infatti di nuove modalità di esercizio del potere che hanno la finalità di raggiungere solo ed esclusivamente risultati più performanti ed efficaci quando in gioco vi sono interessi pubblici e privati.

D'altronde se da un lato non appare meritevole di condivisione la dottrina panpubblicistica¹⁵ quando sostiene che la P.A. non possa per-

che la qualificazione degli atti di esercizio dei poteri contrattuali della parte pubblica come provvedimenti anziché come dichiarazioni negoziali fondate su norme di diritto privato speciale risponde alla specifica esigenza di soddisfare il "principio di legalità-garanzia" e la "correlazione necessaria tra potestà e interesse pubblico specifico per il quale la potestà è data", di talché ci si deve chiedere "cosa rimanga delle ragioni che renderebbero il contratto preferibile al provvedimento, quando il contratto fosse reso sufficientemente affine al provvedimento, così da poterlo sostituire senza perdita delle garanzie che sono offerte dal regime amministrativo" (*ivi*, 667-669).

¹⁵ La dottrina giuspubblicistica ritiene inconciliabile il modello negoziale-privatistico con il perseguimento dell'interesse pubblico. Né possono essere meritevoli di pregio le argomentazioni sviluppate da quella parte della dottrina, che auspica una sorta di privatizzazione "controllata", definita anche privatizzazione "formale": il diritto amministrativo cede aree di sua competenza al diritto privato, ma si infiltra in esso e dall'interno ne opera una sorta di mutazione genetica. E così, nel tentativo di salvaguardare comunque l'interesse pubblico e la tutela dei terzi, sono state proposte tesi di privatizzazione, che però implicano una alterazione della normale causa del negozio, una diversa concezione dell'autonomia privata, una modifica delle norme regolatorie rispetto a quelle di diritto comune, una moltiplicazione esponenziale dei casi di nullità per violazione di norme imperative, ecc. Sul punto, in modo critico si esprime G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, il quale ritiene "tali tentativi vani e, comunque, insufficienti (oltre che autolesionistici). Sono vani, perché la giurisprudenza della Cassazione rifiuta qualunque funzionalizzazione (giuridicamente rilevante) in nome dell'interesse pubblico in tema di atti incidenti su rapporti ormai privatizzati, così come rifiuta l'estensione a tali atti della disciplina generale dettata dalla legge 241. Tali tentativi

seguire gli interessi pubblici mediante l'utilizzo di strumenti del diritto privato, dall'altro è da ritenersi che l'opposta idea panprivatistica¹⁶, che vorrebbe azzerata la specialità del diritto pubblico a favore di una totale unificazione con gli strumenti di diritto privato, vada contro ogni logica e superi i limiti che lo stesso diritto privato si pone allorché al suo interno entrino in gioco attività di funzionalizzazione.

Il potere amministrativo, sia esso esercitato attraverso "atti precettivi unilaterali" ovvero mediante "atti bilaterali consensuali", è un potere "funzionalizzato" alla realizzazione dell'interesse pubblico¹⁷.

sono, inoltre insufficienti, perché per quante acrobazie dialettiche si facciano, anche valorizzando al massimo la buona fede nei rapporti tra privati, in nessun caso è traducibile in istituti privatistici la patologia dell'eccesso di potere e l'ampio sindacato che esso garantisce nel diritto pubblico all'azione amministrativa".

¹⁶ Non si può, infatti, sottacere come la novella legislativa che ha introdotto il comma 1 *bis* all'art. 1 della l. n. 241/90, sia stata preceduta e accompagnata da una vera e propria campagna trionfalistica sulle rinnovate modalità con cui si presenta la Pubblica Amministrazione. Tralasciando talune suggestioni dottrinarie, che non è il caso di ricordare, val la pena quanto meno di tener presente la Relazione al Senato di Franco Bassanini sul d.d.l. n. 1281, che ha poi portato alla legge n. 15/2005. In essa si riferisce, infatti, che l'art. 1 *bis* (sia pure in una delle sue precedenti versioni) "esprime un principio tendenziale dell'attuale ordinamento, in favore del superamento del vecchio dogma che attribuiva alla pubblica amministrazione, in generale, il dovere di agire mediante poteri di imperio ed attraverso atti unilaterali. La scelta operata non è soltanto una scelta tecnica ma è anche una scelta culturale e istituzionale perché tende a sostituire un rapporto paritario tra i cittadini e le amministrazioni, in luogo del vecchio rapporto gerarchico, espressione di una concezione autoritaria e statalistica".

¹⁷ Così F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 452-453: "in tutti gli atti consensuali, siano essi necessari o eventuali, il potere che l'amministrazione esercita è sempre potere amministrativo, mai un potere libero, qualificabile a pieno titolo come autonomia privata. Si tratta sempre, autoritativo o non autoritativo che sia, di potere precettivo soggetto allo statuto tipico dell'azione amministrativa. Nella sua azione precettiva, ossia nella (elaborazione della) regolazione degli interessi pubblici (e di quelli privati che con i pubblici si incrociano ed intersecano), l'amministrazione esercita sempre lo stesso potere precettivo, che può essere autoritativo o meno, ma rimane sempre un potere funzionalizzato. Non essendo un potere libero, non è possibile confonderlo con l'autonomia privata". Cfr. anche G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di P. Virga*, II, Milano, 1994, 1310, il quale evidenzia che quando

Di conseguenza, da un lato non pare potersi dubitare che gli accordi siano necessariamente preordinati alla cura dell'interesse pubblico, dall'altro sembra potersi affermare che gli accordi, in quanto strumento di cura dell'interesse pubblico, sono retti da tutti i principi e le regole che informano la funzione amministrativa¹⁸; principi e regole che trovano il proprio fondamento nei canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento.

La ricostruzione così prospettata pare essere condivisa non solo da quanti sostengono che gli accordi sono conclusi dall'amministrazione nell'esercizio di un potere di natura pubblicistica, ma anche da quelli secondo cui gli accordi costituiscono esplicitazione della capacità di diritto comune della P.A.: è il c.d. "statuto unitario dell'attività amministrativa" che sembra acquisire ormai sempre maggiori consensi.

Il vincolo di scopo, come sopra esplicitato, comporta la necessità di esaminare un ulteriore profilo: in quali casi si possa ritenere che gli accordi siano effettivamente e concretamente idonei a realizzare l'interesse pubblico e, di conseguenza, possano ritenersi validamente conclusi¹⁹.

l'amministrazione conclude un accordo "non dispone dello scopo che la legge determina, ma dispone l'assetto degli interessi in funzione e in coerenza dello scopo dato". Vd. anche M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 48: "la funzionalizzazione che caratterizza l'agire dei soggetti amministrativi, non viene intaccata in alcun modo dall'utilizzazione di modelli privatistici in luogo del tradizionale strumento provvedimentale"; esiste "un minimum pubblicistico intangibile, intaccabile; di un'area pubblicistica impermeabile alla contaminazione privatistica".

¹⁸ Cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, voce in *Enc. Dir. Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, 95 e 96: "si va decisamente verso uno statuto unitario applicabile all'attività amministrativa come tale e, solo in quanto amministrativa, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni). [...] L'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)".

¹⁹ Tale problematica trova soluzioni creative interessanti se coordinata alle tesi (affascinanti e) risolutive circa l'applicazione del principio di sussidiarietà a tale am-

La soluzione a tale problema appare alquanto complessa, tenendo conto che l'interesse pubblico concreto è un interesse composito, mi-

bito, tesi prospettate dal Prof. Nuzzo nel corso di una recente relazione tenuta in occasione della presentazione del libro *Urbanistica solidale* del Prof. Urbani, il 5 giugno 2012, presso la LUISS Guido Carli di Roma. Per la dottrina civilistica, ai fini di una corretta valutazione dell'accordo anche nella materia urbanistica, è opportuno correlare il principio di sussidiarietà all'ambito della partecipazione dei privati alle scelte di pianificazione del territorio. Anche nella materia urbanistica infatti il principio di sussidiarietà, intesa non solo come rapporto tra pubbliche amministrazioni ma anche come rapporto tra P.A. e autonomia privata, può svolgere un ruolo fondamentale, determinando una nuova ripartizione di competenze tra pubblico e privato. Il principio di sussidiarietà costituirebbe quindi un limite all'intervento pubblico nelle aree che possono essere efficacemente disciplinate dai privati, assumendo un ruolo decisivo nel risolvere la costante confluenza, e non necessariamente confliggenza, tra gli interessi privati e l'interesse pubblico. Questo comporterebbe che, laddove l'intervento sul territorio non debba concretarsi nella realizzazione di beni propriamente pubblici, la competenza può e deve spettare ai privati fino a quando la loro attività sia in grado di realizzare un'efficiente combinazione e disciplina dei diversi interessi coinvolti. La straordinaria importanza di questo passaggio, evidenziato da una parte importante della dottrina civilistica, sta nel fatto che il meccanismo di regolazione di questi interessi privati anche di rilievo generale è costituito dal contratto. Il contratto è uno strumento con il quale si possono regolare non solo gli interessi delle parti che hanno partecipato alla sua formazione ma anche gli interessi che vengono in contatto con esso. Lo strumento negoziale diventa quindi un meccanismo di regolazione non solo di rapporti privati ma di settori di attività che possono essere rimessi all'intervento dei privati ogni qualvolta questi sono in grado di realizzare una efficiente combinazione degli interessi coinvolti. Qualora invece questa combinazione non possa realizzarsi in maniera efficiente, riprende spazio il potere pubblico, venendo a regolare autoritativamente la materia. A questa soluzione non sembra ostare nessuno dei principi a cui normalmente si fa riferimento per definire e regolare questa materia, in particolare il principio di legalità al cui interno può rinvenirsi quello di sussidiarietà, principio normativo che può incidere sul sistema delle fonti intervenendo a modificare il sistema. Partendo da tale assunto non vi è difficoltà a ritenere che la disciplina di assetti attuativi dei meccanismi di programmazione generale, che coinvolgono sempre interessi di carattere generale, possono essere rimessi ai privati fino a quando l'accordo privato-pubblico risulta idoneo a disciplinare ordinatamente questa materia. Il vero problema è allora quello di stabilire quando si può ritenere che l'assetto patetico che nasce dall'accordo (tra privati o tra pubblico e privati, dove l'amministrazione opera secondo canoni *jure privatorum* e non nell'esercizio di un potere autoritativo) sia sufficientemente idoneo a disciplinare correttamente l'intervento sul territorio. Il problema dovrebbe essere agevolmente risolvibile ricorrendo ancora

sto, frutto di confronto o compromesso, scolpito o costruito dalla stessa amministrazione in sede procedimentale²⁰.

Al riguardo si deve sottolineare (l'affermazione appare ormai costituire un'acquisizione della scienza giuridica) che il procedimento non è solo un mezzo di garanzia della puntuale aderenza dell'azione dei pubblici poteri ad uno schema normativo predeterminato, ma è anche strumento di acquisizione, composizione, graduazione degli interessi meritevoli di essere tutelati e, di conseguenza, struttura di collegamento dei vari centri di riferimento dei predetti interessi. Il procedimento, quindi, costituisce precipua attuazione del principio di imparzialità, inteso non soltanto in una valenza interrelazionale *sub specie* di parità di trattamento di situazioni eguali, ma anche come congruità ed adeguatezza dell'azione amministrativa ai molteplici interessi primari e secondari.

In altre parole, l'accordo deve poter raggiungere un assetto di interessi altrimenti non perseguibile attraverso l'azione unilaterale della P.A.: al suo interno potranno trovare spazio profili patrimoniali ed obbligazioni in senso tecnico, fattispecie che, a prescindere dalla qua-

una volta a meccanismi che hanno penetrato diffusamente il nostro sistema e cioè i test di ragionevolezza e proporzionalità. È pertanto possibile ritenere che l'autonomia privata abbia efficientemente regolato questi settori quando l'assetto di interessi che si realizza è sufficientemente e ragionevolmente equilibrato. Qualora tale controllo dovesse dare esito negativo si riespande il potere autoritativo della P.A., che deve però subentrare in ossequio al principio di proporzionalità: cioè è autorizzato a intervenire solo quando ci sia necessità, al fine di evitare che si abbia un assetto irragionevole nella composizione degli interessi coinvolti. Tale prospettiva assume non solo un rilievo teorico significativo ma può avere delle ricadute applicative davvero importanti. A seguito di tale ragionamento non sussisterebbero evidenti difficoltà a ritenere che l'accordo sia regolato dalle norme privatistiche sugli accordi, con i limiti di intervento del potere pubblico sopra esposti. Tale impostazione ha senza dubbio una forte matrice civilistica, che però riesce bene a tenere conto della necessità di oggi di operare in un sistema ordinamentale aperto e straordinariamente complesso, tale da richiedere meccanismi molto sofisticati di governo dell'insieme della realtà; ma nell'ottica di agevolare sempre più il dialogo tra aree ordinamentali e culture diverse, tale possibilità di scorgere punti di convergenza idonei a comporre e meglio proteggere gli interessi fondamentali, sottesi all'intervento del potere pubblico per il governo del territorio, è senza dubbio auspicabile.

²⁰ Così F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1710.

lificazione giuridica attribuita alle stesse dalle parti, saranno ad opera del giudice di volta in volta decodificate e giuridicamente inquadrate.

L'accordo sostitutivo diviene quindi il centro delle relazioni giuridiche amministrative di tipo consensuale, atteso che esso ricomprende in sé anche il contratto che disciplina gli aspetti prettamente privatistici da cui scaturiscono obbligazioni in senso tecnico²¹.

Nelle pagine che seguono si cercherà di fornire una lettura sistematica degli strumenti consensuali della P.A. e in più in generale a quelle attività di c.d. diritto privato della P.A.

3. – 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 urbanistiche²², 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 di-

²¹ Per una più ampia trattazione sul punto si rimanda a G.P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²² 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).

retta esecuzione delle opere di urbanizzazione²³, 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.

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 Amministrazione²⁴; oggetto di contrattazione divengono le modalità attuative 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

²³ 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. È 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 scomputo dei contributi dovuti, qualora il valore delle opere sia eguale o superiore dalla soglia fissata dalla direttiva comunitaria di cui trattasi.

²⁴ Cfr. Cass. Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7452. In tal senso si veda anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 173, "le convenzioni urbanistiche sono atti di auto-limitazione del potere discrezionale della P.A., che vincolano la stessa al rispetto di una certa disciplina con rilevanza obiettiva in relazione ai successivi comportamenti".

titolo, a conformarlo ai contenuti che sono stati convenuti in sede di negoziazione²⁵.

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.

Se, come pacificamente affermato in dottrina, le convenzioni urbanistiche hanno superato il vaglio critico posto dall'art. 13 della l. n. 241/1990 – atteso che tale norma vieta l'utilizzo di accordi per una serie di atti amministrativi generali ma non trova applicazione nel caso delle convenzioni urbanistiche, risultando queste ultime strumenti attuativi delle prescrizioni urbanistiche generali²⁶ –, maggiori problemi presentano quegli accordi, c.d. *a monte*, che dovrebbero consentire alle amministrazioni di percorrere modalità alternative di esercizio del loro potere pianificatorio.

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*²⁷.

²⁵ 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".

²⁶ L'art. 13 della l. n. 241/1990 vieta l'utilizzo degli accordi per le "attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione". Si è superato tale assunto sostenendo che in realtà questo limite non si pone per le convenzioni urbanistiche attuative, le quali non si collocano nella fase di pianificazione-programmazione, ma trovano spazio nella successiva fase attuativa. Sono state definite dalla dottrina anche con la locuzione di "accordi a valle".

²⁷ Cfr. Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *Cons. Stato*, 1, 2002, 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".

In considerazione di tale prospettiva migliorativa dell'assetto di interessi coinvolti e composti per il tramite dello strumento consensuale, parte della dottrina ha guardato con particolar favore all'introduzione nell'ordinamento dei c.d. accordi *a monte*, attraverso i quali l'Amministrazione e il privato potrebbero aspirare a determinare in sede negoziale anche le prescrizioni urbanistiche generali.

Tale tipologia di accordi, indubbiamente interessante e di notevole attrattiva per i fautori del principio di consensualità in campo urbanistico, deve confrontarsi e scontrarsi però con i limiti sostanziali imposti dal principio di legalità che, se risultano agevolmente superabili con riferimento alle convenzioni urbanistiche attuative, pongono viceversa molti interrogativi circa la legittimità dei c.d. accordi *a monte*. Tali figure negoziali risultano infatti sprovviste di un riconoscimento legislativo a livello statale e l'unico fondamento normativo che sovviene a loro supporto risulta essere proprio la scarsa disciplina dell'art. 11 e/o le eventuali normative regionali²⁸.

Se pur occasionalmente infatti, sono state proprio le normative regionali²⁹ a legittimare l'utilizzo di tale tipo di accordi, pur limitandone la portata ad aspetti funzionali e circoscritti che mai devono interferire con le scelte di indirizzo e di disciplina generale del territorio, compito esclusivo della potestà riservata solo alla P.A., a garanzia della imparzialità dell'attività di pianificazione territoriale.

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

²⁸ La dottrina ha lungamente discusso su come considerare l'apporto decisionale del privato negli accordi "a monte", arrivando persino ad escludere che quest'ultimo partecipi attivamente alla scelta urbanistica. È evidente, però, che alla luce di quanto previsto dalle legislazioni regionali a proposito di pianificazione non si può non riconoscere al privato che sottoscrive l'accordo una influenza sui contenuti che il piano deciso dall'ente pubblico avrà. Su tali profili cfr. M. DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in www.pausania.it.

²⁹ Il riferimento è soprattutto all'art. 18 della l. r. n. 20 del 2000 dell'Emilia Romagna e all'art. 6 della l. r. n. 11 del 2004 del Veneto che consentono agli Enti locali la conclusione di accordi con soggetti privati relativamente al contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale e urbanistica.

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

È 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 privato³⁰.

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

³⁰ 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, 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 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" (346).

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 corruzione³¹.

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-privato³².

4. – In seguito alla riforma sul procedimento amministrativo, avvenuta con l'emanazione della l. n. 241/1990, e al conseguenziale ingresso nell'ordinamento dello strumento negoziale disciplinato all'art. 11, gli operatori del diritto urbanistico hanno modificato il loro punto di vista ed hanno concentrato la loro attenzione sulla definizione di alcuni temi chiave.

Dapprima la dottrina si è sforzata di dare una classificazione giuridica a tali accordi amministrativi al fine di potere poi stabilire la relazione che intercorre tra i medesimi accordi e le convenzioni urbanistiche.

³¹ 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, 47.

³² 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".

Lungamente in passato e ancora oggi si discute circa la natura degli accordi amministrativi. Da un lato la dottrina privatistica³³ ha interpretato la novità legislativa in materia di accordi come il trionfo del negozio giuridico contrattuale che consente la parificazione tra P.A. e cittadini, dall'altro la dottrina giuspubblicistica³⁴ sostiene tuttora la specialità del diritto pubblico, erigendo da sempre una forte linea di demarcazione tra il mondo dei negozi privati e la sfera del potere pubblico. Ampie e valide ricostruzioni dell'istituto sono state fornite da entrambe le correnti dottrinarie le quali però non sono riuscite a raggiungere una ricostruzione condivisa e certa dell'istituto.

³³ Per esautività si riportano qui le motivazioni di quegli autori (Paolantonio, Bassani, Altieri tra i tanti) che sostengono la natura privatistica degli accordi amministrativi. Tale tesi trae origine dal rifiuto della categoria del "contratto ad oggetto pubblico" e dalla ritenuta autosufficienza della categoria civilistica generale del contratto, sufficiente a conferire veste giuridica agli accordi amministrativi. La stessa terminologia "accordo" fa espresso richiamo all'accordo contrattuale disciplinato dagli artt. 1321 e 1325 cod. civ. Parimenti al contratto, l'accordo ha forza di legge tra le parti *ex art.* 1372 cod. civ. ed anche il recesso unilaterale concesso alla Pubblica Amministrazione deve essere letto in chiave privatistica, come espressione della clausola *rebus sic stantibus*, che caratterizza l'accordo alla stregua di una clausola di presupposizione *ex art.* 1467 cod. civ., dove il fatto assunto a presupposto della stipula si identifica con il pubblico interesse che le parti hanno avuto presente al momento dello scambio dei consensi. Sul punto cfr. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.

³⁴ La tesi panpubblicistica è supportata da altrettante autorevoli ricostruzioni dottrinarie, che ravvisano nella scelta del termine "accordo" effettuata dal legislatore il frutto di un ragionamento che mira a voler rievocare la disciplina civilistica del contratto solo in via residuale e solo in mancanza di una esplicita, ulteriore e diversa disciplina, da individuarsi caso per caso; d'altra parte non si spiegherebbe altrimenti la necessità di un esplicito rinvio della legge sul procedimento al codice civile, per lo più circoscritto ai principi anziché esteso a tutte le norme codicistiche su obbligazioni e contratti. La stessa facoltà di recesso *ex art.* 11, comma 4, della l. n. 241/90 e la mancanza del requisito della patrimonialità richiamato dall'art. 1321 cod. civ. sarebbero elementi chiave per la qualifica pubblicistica della fattispecie. Nell'accordo non sarebbero rinvenibili quindi obbligazioni vere e proprie, come qualificate dall'art. 1174 cod. civ., ma per lo più posizioni di doverosità che possono pertanto essere oggetto solo dell'accordo e non del contratto. Su tali posizioni cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 63 e ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

Allo stato non riteniamo che ci si debba esprimere sul punto, concordando o meno con l'una o l'altra corrente dottrinarie, atteso che il dibattito circa la natura pubblica o privata dell'accordo non serve a meglio definire il campo di applicazione dell'istituto giuridico e a valutarne la sua utilità. Occorrerà quindi partire dall'analisi dei punti fermi legislativi al fine di comprendere quando, come e perché si rende necessario l'utilizzo dell'accordo *ex art. 11* e soprattutto quali vantaggi esso comporta.

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 dottrinarie, 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 più efficiente temperamento tra interessi pubblici e privati³⁵.

³⁵ Cfr. al riguardo S. CIVITARESE 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*

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 definitivi dell'art. 1321 cod. civ., ivi compresa la patrimonialità, sono fonte di effetti propria, 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 prescindersi 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 di 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 recente 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

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*.

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 sostituivi 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, per l'appunto 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 meglio definire gli assetti di interesse.

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 effettuate dalla Pubblica Amministrazione, potendosi così meglio perseguire i valori di verità-giustizia che devono connotare l'azione amministrativa, nel rispetto del principio di proporzionalità dei mezzi rispetto ai fini.

5. - Negli ultimi tempi anche la giurisprudenza amministrativa si è espressa favorevolmente circa la riconducibilità alla fattispecie negoziale disciplinata dall'art. 11 l. n. 241/90 delle convenzioni urbanistiche che regolano i rapporti tra privato e P.A., superando le perplessità che in passato la dottrina nutrivà sulla configurabilità degli accordi amministrativi, atteso che era ritenuto inconcepibile che il potere amministrativo potesse essere oggetto di negoziazione.

In realtà la giurisprudenza più recente ha fornito delle risposte molto interessanti sul tema, affermando con forza che oramai le convenzioni urbanistiche sono moduli negoziali da ricondursi nel novero degli accordi amministrativi.

In passato la Suprema Corte di Cassazione aveva mostrato delle riserve circa la possibilità per la P.A. di concludere accordi amministrativi assimilabili a veri e proprio contratti, in quanto lo strumento contrattuale non rappresenterebbe fonte autonoma di disciplina del rapporto, atteso che l'unica fonte di effetti giuridici sarebbe solo ed esclusivamente il provvedimento amministrativo (cfr. Cass., Sez. Un., 24 giugno 1992, n. 7773).

Diversamente il Consiglio di Stato, vedendo con un certo *favor* l'utilizzo dei moduli consensuali, ha ritenuto che gli accordi potessero essere fonte autonoma di disciplina del rapporto amministrativo con il privato, il quale può concludere legittimamente l'accordo con la P.A. aderendo liberamente al contenuto dello stesso mediante la prestazione del proprio consenso.

Sicché, sulla scia di tale apertura all'utilizzo del modello consensuale da parte del giudice amministrativo, si sono gradualmente rafforzate le correnti giurisprudenziali tese a rendere possibile (e legittimo)

che nell'ambito delle convenzioni venissero inserite anche clausole impositive di oneri supplementari per il privato, nella convinzione che ciò potesse meglio garantire lo sviluppo della città pubblica.

Significative in tal senso sono da ritenersi le decisioni del Consiglio di Stato sulla legittimità del PRG di Roma, che aveva previsto la possibilità per il privato di ottenere una volumetria premiale in cambio della cessione di una parte della suddetta volumetria alla mano pubblica e della corresponsione di un contributo straordinario. Il Consiglio di Stato, in riforma della precedente sentenza del TAR Lazio, ha ritenuto legittimo tale strumento e non ha ravvisato in esso un conflitto con il principio di legalità imposto dall'art. 23 Cost.³⁶, proprio perché alla base delle pattuizioni sussisteva il contratto, un accordo che il privato aveva accettato e sottoscritto con la Pubblica Amministrazione.

Alla base dell'accordo 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 (cfr. C.d.S., sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545).

I giudici di Palazzo Spada non hanno esitato a confermare tale loro orientamento e anzi, in occasione di una recente decisione (cfr. C.d.S., sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2040), hanno riformato la sentenza del giudice di *prime cure* che aveva accolto la domanda della parte ricorrente che invocava una rideterminazione dei contributi per oneri di urbanizzazione, pagati in misura eccedente rispetto a quanto stabilito dalla legge. Anche in questa occasione infatti si è posto l'accento sull'elemento consensuale del privato, non potendosi negare che "si assista all'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile"³⁷.

³⁶ In base all'art. 23 Cost. "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

³⁷ La sentenza in oggetto ha affermato con forza il principio di autonomia negoziale delle parti e nel caso di specie ha ribadito che "La detta ricostruzione assume particolare valenza quando, come nel caso in specie, si assuma che alcuni dei contenuti dell'accordo vengono imposti dalla pubblica amministrazione in termini non modificabili dal privato, visto che, anche in questo caso, ciò non esclude che

Confermando la natura contrattuale degli accordi, il Consiglio di Stato si è nuovamente espresso sul tema con una nuova recente decisione (C.d.S., sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 351) che ha definitivamente negato che il privato, nella determinazione dell'accordo, si trovi in una posizione di soggezione rispetto alla P.A. Difatti "non può certamente ravvisarsi la nozione di 'contraente debole' ex art. 1341 cod.civ. in una impresa che liberamente stipula con l'amministrazione una convenzione di lottizzazione dalla quale ricava consistenti benefici".

Possono segnalarsi anche diverse sentenze dei T.T.AA.RR., che, aderendo all'orientamento del Consiglio di Stato, asseriscono che "i privati possono quindi negoziare liberamente obbligandosi a cedere aree anche in quantità notevolmente superiore al livello minimo degli standard urbanistici" (cfr. TAR Lombardia-Brescia, sez. I, 31 gennaio 2011, n. 193) e da ultimo il TAR Lombardia-Milano (sez. II, 5 ottobre 2012, n. 2469)³⁸ che ha sottolineato ancora una volta come

la parte che abbia sottoscritto la convenzione; conoscendone il contenuto, abbia inteso aderirvi, restandone vincolata, salvo il ricorso agli strumenti di tutela in caso di invalidità del contratto. Ne deriva che l'argomento sostenuto nel ricorso in primo grado, ossia che le clausole convenute, in quanto aggiuntive rispetto agli oneri di urbanizzazione, riferiti ad opere e servizi menzionati dalla normativa, non siano consentite, con conseguente nullità delle stesse, non può essere sostenuto, trattandosi di determinazione pattizia rimessa alla contrattazione tra i due diversi soggetti coinvolti. In tal senso, i contenuti della concessione edilizia e le determinazioni ivi contenute rispecchiano la volontà espressa dalle parti, e non appaiono in contrasto con clausole imperative dell'ordinamento civile, non potendo così essere incise dal meccanismo di automatica sostituzione individuato dal giudice di prime cure".

³⁸ È interessante notare come lo stesso Tribunale amministrativo lombardo abbia diametralmente mutato il suo orientamento rispetto a quanto sostenuto in una precedente decisione (TAR Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253), con la quale si sosteneva che sussistono comunque limiti insuperabili dagli accordi: "nella prospettiva pubblicistica, infatti, se è vero che l'oggetto dell'accordo è dato essenzialmente dalle modalità di esercizio del potere, si comprende come ciò presupponga pur sempre che il soggetto pubblico sia titolare di tale potere, dovendosi altrimenti affermare la radicale nullità dell'atto, per difetto assoluto di attribuzione (ovvero carenza di potere in astratto), a norma dell'art. 21-septies l. n. 241/1990". "Ma anche nella prospettiva privatistica, che considera l'accordo alla stregua di un contratto" - ha osservato TAR Milano - "permane comunque in capo all'amministrazione pubblica il vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico attribuito (dalla norma

laddove gli impegni assunti dai privati con l'amministrazione siano sorretti da autonoma fonte negoziale, essi hanno forza di legge tra le parti, così come previsto all'art. 1372 cod.civ., a prescindere dalla loro doverosità in base alla legge o alle previsioni dello strumento urbanistico. Invero, poiché si verte in tema di diritti disponibili, ben può la parte promittente liberamente assumere impegni patrimoniali a prescindere da un obbligo normativo o, comunque, più onerosi rispetto a quelli astrattamente previsti dalla legge.

Tale orientamento giurisprudenziale appare ormai consolidato e la possibilità di negoziare liberamente il contenuto degli accordi è stata ribadita davvero di recente da un'ulteriore sentenza del TAR Lombardia-Brescia (sez. II, 8 maggio 2013, n. 443) nella quale si è sostenuto che:

la previsione di penali, per il ritardo nella realizzazione delle opere di urbanizzazione indicate nel piano attuativo, non è affatto incompatibile con i principi della materia... Parimenti, lo scomputo solo parziale del costo dei lavori dall'importo dovuto a titolo di oneri di urbanizzazione rientra nei margini normalmente riservati alla negoziazione delle parti³⁹.

Inoltre, a conferma della natura contrattuale degli accordi e della conseguente esperibilità dell'azione costitutiva prevista per i contratti dalle norme del codice civile, deve essere segnalata una recente decisione del TAR Lazio (sez. II, 8 maggio 2013, n. 4579)⁴⁰, la quale – in

di azione) alla sua cura”, sottolineando che “l'utilizzo degli strumenti di diritto privato, quale espressione della capacità generale dell'ente pubblico, debba tuttavia essere giustificato in ragione della loro attinenza alle finalità curate dall'ente; e come il principio della capacità generale delle pubbliche amministrazioni (ex art. 11 c.c.) debba coordinarsi con il necessario rispetto del principio di legalità cui, secondo un'autorevole e persuasiva dottrina, è soggetta anche l'attività di diritto privato della P.A. e che si traduce in un 'vincolo di scopo' interno all'atto negoziale”.

³⁹ Sul punto cfr. CdS, Sez. IV, 28 luglio 2005 n. 4015; TAR Brescia, Sez. I, 14 maggio 2010 n. 1739.

⁴⁰ Nel caso di specie si è ritenuto di poter nominare un commissario *ad acta* per dare esecuzione a una convenzione di lottizzazione risalente nel tempo al 1960. Si sostiene che “In definitiva, ove Roma Capitale (e per essa, il nominando Commissario ad acta) non ritenga di espropriare le aree di cui sopra, per realizzare ovvero acquisire alla mano pubblica il collegamento viario previsto dal PRG, allora,

aderenza a quanto sostenuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 28/2012) – si è espressa favorevolmente circa l'ammissibilità dell'azione costitutiva ex art. 2932 cod. civ. anche per gli accordi conclusi tra Pubblica Amministrazione e privato. L'Adunanza Plenaria citata si era pronunciata inequivocabilmente su tale questione ritenendo che l'azione prevista dall'art. 2932 cod. civ. debba poter essere esperibile per

qualsiasi ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere ex lege. (...). Non vi è pertanto motivo per ritenere che non possa essere oggetto dell'azione ex art. 2932 c.c. il mancato adempimento da parte del privato dell'obbligo (...) di cessione delle aree indicate, tale adempimento non essendo peraltro minimamente condizionato ad eventuali contrapposti adempimenti da parte del Comune ricorrente. Né può addursi, a fondamento della pretesa inammissibilità dell'azione in questione, la sua asserita natura speciale ed eccezionale, in quanto mista, cognitiva ed esecutiva insieme, derogatoria pertanto della normale separazione tra azione cognitoria e azione esecutiva. Invero, tale natura non la rende incompatibile (né è stata fornita alcuna significativa argomentazione al riguardo) con la struttura del processo amministrativo come delineato dal relativo codice, tanto più che, da un lato, non solo è espressamente prevista un'azione (di ottemperanza), anch'essa caratterizzata dalla coesistenza in capo al giudice di poteri di cognizione ed esecuzione insieme e, d'altro lato, non può neppure sostenersi la tesi di un'eventuale "tipicità" delle azioni proponibili nel processo amministrativo, tipicità che sarebbe in stridente ed inammissibile contrasto, oltre che con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela, ex art. 1 c.p.a., con la stessa previsione dell'art. 24 della Costituzione.

6. – Dall'evoluzione dottrina e giurisprudenziale in materia di accordi, emerge chiaramente come l'utilizzo di tali strumenti si sia

dovrà attivarsi ulteriormente, presso questo Giudice amministrativo, per conseguire, in sede di giurisdizione esclusiva, l'attuazione della Convenzione di lottizzazione risalente al 1960 e la conseguente cessione coattiva delle aree, ai sensi dell'art. 2932 c.c. (sulla natura di accordo ex art. 11 della l. n. 241/90 delle Convenzioni di lottizzazione, cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 159; sulla giurisdizione vedi anche Cass. civ., sez. un., 3 febbraio 2011, n. 2546)".

reso necessario alla luce delle mutate esigenze territoriali e sia stato nel tempo avallato dalla giurisprudenza amministrativa, che ne ha legittimato l'uso ponendo limiti nei casi in cui lo strumento consensuale abbia eluso le sue finalità prettamente pubblicistiche. Le stringenti necessità economico-finanziarie delle Pubbliche Amministrazioni e l'esigenza di migliorare le città, limitando al minimo le sperequazioni tra proprietari, hanno reso indispensabile un diffuso utilizzo degli accordi in materia di governo del territorio⁴¹.

È così che la pianificazione urbanistica approda a una dimensione contrattuale, dove gli accordi pubblico-privato sono finalizzati alla soddisfazione degli interessi privati e dell'interesse pubblico, che mira a garantire le dotazioni territoriali utili alla città pubblica. Ebbene, in tale ottica è possibile per i Comuni richiedere la realizzazione di opere eccedenti gli oneri di urbanizzazione normativamente dovuti, laddove vi sia un'attività consensuale tra le parti in causa, come affermato dal prevalente orientamento della giurisprudenza⁴².

⁴¹ Gli accordi "urbanistici" nascono per esigenze di natura pubblicistica, al fine di spingere le Pubbliche Amministrazioni verso più consapevoli posizioni democratiche e porre rimedio alle *défaillances* insite nelle scelte pianificatorie. Per cogliere le ragioni del successo dello strumento consensuale e del conclamato fallimento delle tradizionali tecniche di pianificazione, è necessario focalizzarsi su due aspetti. In primo luogo, sull'insoddisfacente tecnica dello *zoning* che, seppure ha costituito il principio di razionalizzazione della ordinata distribuzione degli interessi pubblici e privati sul territorio – ai sensi dell'art. 7 della legge urbanistica fondamentale del 1942 e del d.m. n. 1444 del 1968 – non risponde più alle esigenze dello sviluppo e della riqualificazione delle città che richiedono, in molti casi, l'uso integrato della plurifunzionalità delle attività di trasformazione dei suoli. La rigidità di tale tecnica si è rivelata da tempo controproducente rispetto alla soddisfazione delle sopravvenienti e continue esigenze dello sviluppo e del rinnovo urbano. In secondo luogo, su un aspetto fortemente critico della disciplina urbanistica tradizionale, legato al regime dei vincoli urbanistici, necessari a garantire gli *standard* destinati a dotare le aree urbane, oggetto di trasformazione, di beni e servizi collettivi. La disciplina vincolistica, come noto, è unica nei paesi europei per i suoi effetti reiterativi di durata, tendente a discriminare tra proprietari il godimento della proprietà, in presenza di beni immobili determinati aventi potenzialmente identiche capacità edificatorie, attraverso la previsione espropriativa per pubblica utilità delle aree incise dai vincoli.

⁴² Cfr., *ex multis*, Cons. St., IV, 28 luglio 2005, n. 4015; Id., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 33; TAR Lombardia-Brescia, II, 24 maggio 2013, n. 513.

Previsioni di siffatto tenore appaiono, invero, del tutto legittime, ancorché si tratti di opere eccedenti l'integrale copertura degli oneri dovuti, atteso che gli standard dovuti ai sensi del d.m. n. 1444/68 rappresentano il limite minimo inderogabile che deve essere garantito per un corretto sviluppo del territorio. In tale ottica è necessario distinguere: i) le opere che rientrano nella tradizionale concezione di *standard* urbanistico e sono di conseguenza riconducibili alla categoria delle opere pubbliche; ii) le opere che rivestono un interesse pubblico ma possono essere realizzate e gestite anche da soggetti privati⁴³ e appartengono alla categoria delle dotazioni territoriali e più

⁴³ Con riferimento alle opere di interesse pubblico, ospitate nella zona "F" del PRG e che possono essere realizzate e direttamente gestite da privati, purché rispettino la qualificazione oggettiva "finalistica" secondo quanto previsto dall'art. 7 n. 4 L.U., cfr. G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, 2010. Secondo l'Autore la definizione di zona "F" contenuta nel d.m. n. 1444/68 "è già sufficientemente significativa, nel senso di dare alla zona F una portata più ampia di quella delle localizzazioni: infatti, si parla di attrezzature ed impianti di interesse generale. Il che significa che non si tratta necessariamente di opere pubbliche, ma che il riferimento è a qualsiasi struttura che, al di là della natura giuridica, abbia una utilità generale, cioè riguardante la collettività. Si pensi, ad esempio, ad un complesso polisportivo, anche di proprietà privata, ma aperto alla fruizione di tutti, non dei soli soci". Per altro autore, E. PICOZZA, in *Il piano urbanistico generale*, Padova, 1983: "un campo sportivo costituisce medesimo tipo di localizzazione urbanistica, tanto se di proprietà del Comune, quanto se di proprietà di una Fondazione privata; un auditorium costituisce opera di interesse collettivo, sia se viene realizzata da un Ente pubblico, che con il concorso esclusivo dei privati; un edificio del tipo casa di cura pubblica è servizio pubblico sia se gestito dalla USL che da un privato". In sostanza, prosegue l'Autore, il legislatore con l'ampia dicitura *attrezzature ed impianti di interesse generale*, ha fatto confluire nell'ampio concetto di opere di urbanizzazione (primarie e secondarie) tutte quelle opere che sono al servizio della comunità, che rappresentano un interesse generale della collettività e possono essere tanto gli asili nido e le scuole materne quanto le scuole, le Università, i centri di ricerca, le sedi dei partiti politici, di associazioni sindacali e di categoria, di centri di tutela di interessi diffusi. Ciò che rileva è che anche per i servizi privati via sia l'inerenza al pubblico interesse. Alla luce dell'ampia ricostruzione effettuata sulla "storia" giuridica delle zone "F", è agevole comprendere come questa zona abbia un'indole promiscua, si configuri, cioè, come il naturale "contenitore" delle opere di urbanizzazione e delle opere localizzate ai sensi dell'art. 7, n. 4, L.U., nonché delle attrezzature e degli impianti di interesse generale, che investono comunque un interesse della collettività nel suo complesso.

precisamente sono riconducibili ai c.d. extra oneri, i quali costituiscono opere aggiuntive che migliorano la qualità della vita ma non sono richieste in virtù di disposizioni normative.

In definitiva, la scelta di dimensionare e di allocare i servizi resta una scelta che rientra nella discrezionalità del pianificatore, in quanto tale discrezionalità deve rispettare gli *standard* minimi che sono previsti dalla normativa di riferimento, ma che – posto che maggiori servizi significano maggiore qualità della vita per i residenti dell'area in cui essi sono allocati – può portare il pianificatore comunale a decidere di garantire alla comunità locale anche una qualità della vita superiore a quella minima che deve essere garantita dal d.m. 2 aprile 1968 (che parla di dotazione “minima” di servizi, ma non prevede limiti massimi)⁴⁴.

Il ricorso alla c.d. urbanistica consensuale, mediante la previsione di premialità e incentivazione, che trovano la loro naturale sede nell'accordo amministrativo, è dettato dalla volontà di operare in modo da redistribuire in maniera equilibrata i vantaggi economici dell'edificabilità impressa alle aree, dotandole della medesima potenzialità edificatoria.

Il privato, quindi, in sede di accordo amministrativo, a fronte del riconoscimento dei diritti edificatori si impegna a realizzare opere per l'amministrazione con l'onere di cedere queste ultime in proprietà alla P.A., la quale diverrà titolare a titolo gratuito della proprietà dell'area ceduta e dell'opera pubblica che vi accede. Tale meccanismo è im-

⁴⁴ Esemplare in proposito la sentenza TAR Lombardia-Brescia, Sezione I, 22 aprile 2011, n. 622. Il giudice, nel caso di specie, ha confutato le censure mosse dal ricorrente che si doleva dell'eccessiva previsione di standard affermando che “L'idea formulata dalla difesa della ricorrente che il potere di pianificazione comunale, che per sua natura gode – com'è noto – di altissima discrezionalità, sia vincolato da oneri di particolare motivazione proprio nel momento in cui supera i limiti minimi previsti dalla normativa sugli standard, è quanto mai erronea. Essa, infatti, pretende di restringere quell'altissima discrezionalità del potere di pianificazione proprio nell'unico caso in cui essa – per il *favor* esplicito dell'ordinamento verso la qualità della vita nelle aree urbane – è stata sì ristretta normativamente (dal d.m. citato) ma nel senso esattamente contrario di imporre al pianificatore standard minimi da rispettare. Una volta rispettati gli standard minimi, quindi, l'unica opzione interpretativa percorribile è che si riespanda l'altissima discrezionalità del pianificatore comunale che caratterizza in via generale e residuale tutta l'attività di pianificazione”.

prescindibile quando queste opere siano ascrivibili alla quota di *standard* urbanistici normativamente previsti. Per le opere aggiuntive, invece, compatibilmente con le previsioni di piano e le destinazioni di zona, di volta in volta potrà prevedersi alternativamente: i) la cessione alla mano pubblica delle opere che rappresentano un onere aggiuntivo rispetto a quanto dovuto; ii) la stipula di un atto di convenzionamento che destini l'opera, che rimane in proprietà del privato titolare dell'area, al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

In sede di "accordo urbanistico", è quindi doveroso stabilire se, a fronte della realizzazione convenzionalmente prevista di opere eccedenti gli oneri di urbanizzazione ordinariamente dovuti, le opere realizzate dal privato debbano essere effettivamente considerate "a scomputo" degli oneri (ancorché ulteriori rispetto a quanto strettamente dovuto a questo titolo), oppure siano volte semplicemente a incrementare la dotazione di *standard* urbanistici dell'ambito territoriale interessato dall'intervento, senza che, conseguentemente, ne sia stato previsto l'assoggettamento al regime proprio delle opere a scomputo (ossia l'acquisizione alla mano pubblica).

È ben possibile, infatti, che l'Ente locale richieda – e il lottizzante accetti di realizzare – opere di urbanizzazione ulteriori rispetto agli *standard* e non computate nel calcolo degli oneri di urbanizzazione dovuti.

Tale meccanismo è pienamente legittimo e non viola alcun disposto normativo purché gli *standard* urbanistici minimi previsti dal d.m. 1444/68 siano stati garantiti e siano avvocati alla mano pubblica – mediante realizzazione diretta da parte dell'Amm.ne o all'esito della cessione gratuita dell'area da parte del privato che ha realizzato l'opera a scomputo – e siano funzionalmente collegati con l'intervento assentito, nella visione prospettica secondo la quale lo *standard* deve essere asservito alla comunità e rappresenta la *condicio sine qua non* per l'insediamento edilizio.

Sotto tale aspetto è emblematica la sentenza Consiglio di Stato, sez. IV, 10 febbraio 2014, n. 616⁴⁵, la quale correttamente ha fatto presente come vi sia

⁴⁵ La citata sentenza nel giudicare della legittimità del sistema perequativo e della possibilità di pattuire in sede di accordo amministrativo la quantità di oneri dovuti

una marcata attenzione alla funzione stessa degli standard urbanistici, intesi come indicatori minimi della qualità edificatoria (e così riferiti ai limiti inderogabili di densità edilizia, di rapporti spaziali tra le costruzioni e di disponibilità di aree destinate alla fruizione collettiva) e come tali destinati a connettersi direttamente con le aspettative dei fruitori dell'area interessata.

Tale impostazione concettuale ha importanti conseguenze sulla natura giuridica dello *standard*, in quanto il criterio essenziale di valorizzazione e di decisione sulla congruità dello *standard* è quello della funzionalizzazione dello stesso al rispetto delle esigenze della popolazione stanziata sul territorio, che dovrà quindi essere posta in condizione di godere, concretamente e non virtualmente, del *quantum* di *standard* garantiti dalla disciplina urbanistica⁴⁶.

dal privato, anche in misura superiore a quanto previsto dalla legge, ha ribadito che lo standard oltre ad avere un minimo quantitativo, deve essere connotato anche da un minimo qualitativo che si evidenzia nella sua funzionalità, nel suo essere funzionalmente destinato a servire l'edificazione. In tale senso si afferma che "qualora si potessero individuare gli standard costruttivi in ragione del solo dato dimensionale, verrebbe conseguentemente posto in ombra il dato funzionale, ossia la destinazione concreta dell'area, come voluta dal legislatore. Soddisfacendo gli standard con la messa a disposizione di aree non utilizzabili in concreto (ossia, seguendo l'indicazione del TAR, utilizzando "le porzioni che non sono utilizzabili, per forma o per le ridotte dimensioni, ovvero perché eccedenti un posto macchina standard ma insufficienti per realizzarne un altro, ovvero infine per il difficile accesso"), la norma di garanzia verrebbe frustrata, atteso che il citato art. 41 *sexies* della legge urbanistica non contempla un nudo dato quantitativo, ma un dato mirato ad uno scopo esplicito" (Consiglio di Stato, sez. IV, 28 maggio 13 n. 2916).

⁴⁶ Nella citata sentenza I Giudici di Palazzo Spada hanno voluto lanciare un monito alle nuove tecniche di pianificazione e all'utilizzo di strumenti consensuali che risultano essere alternativi ai classici procedimenti pianificatori (es. previsioni vincolistiche, dimensionate degli standard *ex lege*, etc...). La soluzione perequativa, mediante l'uso di moduli consensuali, infatti, da un lato "tende ad attenuare gli impatti discriminatori della pianificazione a zone, sia in funzione di un meno oneroso acquisto in favore della mano pubblica dei suoli da destinare a finalità collettive, sia per conseguire un'effettiva equità distributiva della rendita fondiaria - dall'altro - si fonda su una serie di strumenti operativi che, letti senza un congruo ancoraggio con le necessità concrete cui si riferiscono, favoriscono astrazioni concettuali pericolose... L'utilizzo di formule retoricamente allettanti (aree di decollo, aree di atterraggio, pertinenze indirette, trasferimenti di diritti volumetrici et similia) non deve

È però vero, altresì, che il Consiglio di Stato, partendo da un assunto quanto mai ineccepibile ed invocando il rispetto dei livelli quantitativi e qualitativi degli *standard*, ha mancato di individuare la sostanziale differenza che intercorre tra lo *standard* urbanistico e la dotazione territoriale. La funzione dei due istituti è ben distinta, atteso che quanto affermato dal Consiglio di Stato è valido per gli *standard* urbanistici funzionali all'edificazione e destinati a essere acquisiti alla mano pubblica⁴⁷; viceversa, la pretesa collazione funzionale che connota lo *standard* urbanistico non può essere dato imprescindibile per i c.d. extra oneri non computati nel calcolo degli oneri di urbanizzazione dovuti⁴⁸. Le dotazioni territoriali aggiuntive, pur rispondendo a finalità pubblicistiche legate all'urbanizzazione del territorio, non sono tuttavia destinate all'acquisizione in proprietà da parte dell'ente locale e non devono sottostare allo stringente regime giuridico previsto per gli *standard* di cui all'art 41 *quinquies* L.U.⁴⁹.

fare dimenticare che lo scopo della disciplina urbanistica non è la massimizzazione dell'aggressione del territorio... La Sezione intende rimanere fedele al suo orientamento che vede lo standard urbanistico collocarsi spazialmente e funzionalmente in prossimità dell'area di intervento edilizio, al fine di legare strettamente e indissolubilmente *commoda* e *incommoda* della modificazione sul territorio”.

⁴⁷ Con riferimento alla realizzazione private delle opere di urbanizzazione, i Giudici Amministrativi hanno ribadito che “a scomputo totale o parziale del contributo relativo agli oneri di urbanizzazione, gli interessati possono essere autorizzati a realizzare direttamente una o più opere di urbanizzazione primaria o secondaria, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici) (ora art. 32, comma 1, lett. g) e art. 122, comma 8, d.lgs. n. 163 del 2006 – n.d.r.). I comuni determinano le modalità di presentazione dei progetti, di valutazione della loro congruità tecnico-economica e di prestazione di idonee garanzie finanziarie nonché le sanzioni conseguenti in caso di inottemperanza. Le opere, collaudate a cura del comune, sono acquisite alla proprietà comunale”.

⁴⁸ È perfettamente legittimo, infatti, il meccanismo per cui l'Ente locale, titolare del potere di pianificazione, richiede, in cambio del rilascio dei titoli edificatori, opere di urbanizzazione ulteriori rispetto agli standard, non computate nel calcolo degli oneri di urbanizzazione dovuti, le quali, pur incrementando le dotazioni dell'area, non siano tuttavia destinate all'acquisizione in proprietà da parte dell'ente locale. Previsioni di siffatto tenore appaiono, invero, del tutto legittime, purché si tratti di opere eccedenti rispetto all'integrale copertura degli oneri dovuti. (cfr. TAR Lombardia Milano, Sezione II, 3 aprile 2014, n. 879).

⁴⁹ Sulla base di tali premesse, non possono essere condivise le critiche di chi

Tale regime non può tanto meno valere per tutte quelle opere che siano volte semplicemente a incrementare la dotazione di *standard* urbanistici dell'ambito territoriale interessato dall'intervento, senza che, però, ne sia stato previsto l'assoggettamento al regime proprio delle opere a scomputo, in quanto, come detto in precedenza, possono restare di proprietà privata e assurgere alla funzione pubblicistica mediante un atto di destinazione-convenzionamento.

In definitiva, da un lato vi sono gli *standard* – sottoposti a un proprio regime giuridico – il cui rispetto è imprescindibile per l'edificazione, dall'altro vi sono le dotazioni territoriali aggiuntive che la P.A. concorda con il privato al fine di migliorare la qualità della vita urbana e che conseguentemente possono non essere strettamente funzionali alla zona oggetto dell'edificazione, all'interno della quale devono, però, essere rispettati gli *standard* previsti dal d.m. n. 1444/68.

In una rinnovata prospettiva dinamica di pianificazione urbanistica, l'Amm.ne può effettuare scelte urbanistiche attribuendo determinati indici di edificabilità, prevedendo al contempo prescrizioni a carico del privato, consistenti nella realizzazione di 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 sostenibilità⁵⁰.

continua a evidenziare la carenza di legittimazione normativa degli accordi urbanistici, ponendo la propria attenzione sul presunto contrasto o meglio sul mancato rispetto di parametri normativi (indice di edificabilità, rapporto con le dotazioni di standard) che appartengono al passato e sono direttamente applicabili alle sole procedure di pianificazione di "tipo tradizionale".

⁵⁰ Il limite al legittimo utilizzo dell'accordo è rappresentato dal principio di "proporzionalità". Il TAR Lombardia-Brescia, sez. I, 6.6.2013, n. 539, in conformità con la consolidata giurisprudenza amministrativa in tema di accordi e convenzioni urbanistiche, ha affermato come sia perfettamente legittimo per l'Amm.ne comunale concordare con il privato un c.d. "scambio edificatorio". Il Comune, infatti, 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 TAR Lombardia è innovativa in materia poiché, nel ribadire la legittimità dell'istituto in carenza di legittimazione normativa, ne ha definito limiti e contenuti. Difatti, soffermandosi sul concetto di "dotazione territoriale" ha sottolineato come quest'ultima,

7. - 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 ogniqualvolta 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 possa conseguire un considerevole vantaggio. Ecco che il modulo convenzionale o pattizio dell'agire 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.⁵¹.

a differenza dello *standard* urbanistico, che deve essere funzionalmente collegato all'ambito di intervento, si collochi in un più ampio disegno urbanistico che deve essere funzionale solo agli obiettivi generali della comunità. Il principio cui devono rispondere gli scambi edificatori è solo ed esclusivamente quello della "proporzionalità", atteso che l'accordo pubblico-privato non deve tradursi in un'illegittima tassazione del privato e deve sempre perseguire finalità pubblicistiche. Per un'esauritiva comprensione della vicenda sia consentito rinviare all'integrale lettura della sentenza e alla nota di commento "Il TAR Lombardia-Brescia affronta nuovamente la *vexata quaestio* degli extra-oneri imponibili al privato in cambio dell'esercizio dello *jus aedificandi*", G. DURANO, in *www.giustamm.it*, n. 6/2014.

⁵¹ 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

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 a 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

stesso si consiglia l'integrale lettura. Cfr. sul punto anche P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007, 43 e ss.

vincolo del potere, è e deve essere assunto sempre *rebus sic stantibus*⁵², con l'affermarsi del conseguente potere di revoca proprio dell'agire 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 contrattualità⁵³ 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

⁵² Così M. NIGRO, introduzione in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, 45, Milano, 1978.

⁵³ 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.

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".

Abstract

La disciplina dei vincoli urbanistici, necessari a garantire la dotazione di beni e servizi collettivi (*standard urbanistici*) nelle aree urbane in trasformazione, è divenuta oramai insoddisfacente sia per i suoi effetti discriminatori, sia per l'ingente esborso di denaro pubblico che comportano le procedure espropriative. Dinanzi alla necessitata esigenza di assicurare il riconoscimento dello *jus aedificandi* ai privati e contestualmente di garantire adeguate dotazioni territoriali nelle aree oggetto di trasformazione o riqualificazione, la pianificazione urbanistica approda a una dimensione contrattuale, dove gli accordi pubblico-privato, finalizzati alla soddisfazione degli interessi privati e dell'interesse pubblico, mirano a garantire le dotazioni territoriali utili alla città pubblica. La questione allora che è stata posta al vaglio del giudice amministrativo fino ad oggi è: fin dove le prescrizioni di piano possono condizionare l'esercizio dello *jus aedificandi* alla realizzazione degli extra oneri? Rispetto a queste fattispecie i giudici amministrativi si sono espressi sulla legittimità di tali previsioni, ritenendo che il perseguimento di finalità di pubblico interesse possa anche avvenire mediante l'uso di modelli privatistici e consensuali, riconducibili allo schema degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241/90.

The discipline of urban planning constraints, necessary to ensure the provision of collective goods and services (urban standards) in urban areas

in transformation, has become henceforth unsatisfactory both for its discriminatory effects, both for the huge outlay of public money that the expropriation proceedings determine. In the face of the need to ensure the recognition of *jus aedificandi* to individuals and at the same time to ensure adequate territorial allocations in the areas subject to conversion or redevelopment, urban planning reaches a contractual dimension; in this context public-private agreements – aimed at the satisfaction of private interests and the public interest – are intended to ensure territorial allocations useful to the public city. So, the question which is referred to the administrative judge is as follows: how far may the requirements plan affect the exercise of the *jus aedificandi* to achieving the extra charges? With respect to these cases the administrative courts have considered legitimate these predictions; according to them the pursuit of public interest objectives can also be done with the use of the private and consensual models due to the schema of the agreements referred to in article 11 of the law n. 241/90.