

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II**



DIPARTIMENTO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
E SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE
"UGO FORTI"

DOTTORATO DI RICERCA IN
LA PROGRAMMAZIONE NEGOZIALE PER LO SVILUPPO
E LA TUTELA DEL TERRITORIO
XXV CICLO
SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/10

TESI DI DOTTORATO

**DALL'AUTORITÀ AL CONSENSO
NELL'URBANIZZAZIONE**

Coordinatore
Prof. Fiorenzo Liguori

Tutor
Prof.ssa Renata Spagnuolo Vigorita

Dottoranda
Dott.ssa Veronica De Michele

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

CAPITOLO I

AUTORITA' E CONSENSO

SOMMARIO: - 1. Premessa. -2. Il consenso prima della legge sul procedimento: cenni. -3. La dicotomia pubblico-privato; i lavori della Bicamerale del 1997. -4. Provvedimento e negozio sono figure intercambiabili? -5. L'inarrestabile processo di "consensualizzazione" dei rapporti amministrativi; dalla legge sul procedimento alla novella del 2005. -6. Funzionalità dell'azione amministrativa; il potere precettivo dell'amministrazione. -7. Interpretazione del comma *1bis*, art. 1, l. n. 241/1990: gli atti non autoritativi e il rilievo della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004.

- 1. Premessa.

Il lavoro conclusivo del dottorato di ricerca "La programmazione negoziale per lo sviluppo e la tutela del territorio" percorre il dibattito concernente l'evoluzione dei concetti di autorità e consenso nel nostro ordinamento dalla genesi alle conseguenze in ambito urbanistico.

Si sofferma, in particolare, sull'introduzione del modello negoziale nel nostro ordinamento ad opera della legge sul procedimento amministrativo e relative modifiche e sul dibattito afferente l'annosa dicotomia consenso-autorità anche alla luce degli spunti offerti sia dalla legge, come appena detto, sia dalla Corte Costituzionale.

La disamina si sposta, successivamente, sul terreno degli accordi tra pubblica amministrazione e privati ex art. 11 della legge n. 241/90.

Si parte, più specificamente, dalla controversa qualificazione dei medesimi in termini di contratti di diritto pubblico, e si sviluppa l'argomento analizzandone la peculiare disciplina che li colloca in un limbo interpretativo di difficile risoluzione.

La determinazione preliminare all'accordo, le obbligazioni dal medesimo originate, la relativa disciplina dell'inadempimento, l'autotutela decisoria, sono tutti argomenti svolti alla luce di due riforme recentissime: la legge anti-corruzione n. 190 del 6 novembre 2012 che ha esteso agli accordi l'obbligo di motivazione; il codice del nuovo processo amministrativo di cui al Dlgs. n. 104/2010 che ha disciplinato l'azione di condanna.

In altri termini, si è inteso ragionare sulle conseguenze che tali innovazioni hanno avuto sulla disciplina degli accordi e, in via analogica, sulla loro applicazione concreta più frequente nella prassi: le convenzioni di lottizzazione.

L'ultima parte della tesi, infatti, è incentrata sulla trattazione delle convenzioni urbanistiche sotto il profilo del progressivo utilizzo di tale strumento accanto a quello tradizionale: il PRG.

Si fa menzione, in proposito, della snellezza della procedura lottizzatoria e del crescente coinvolgimento dei privati nella gestione della "cosa pubblica" e, in particolar modo, nel difficile governo del territorio.

Il percorso in argomento si conclude, infine, con una nota critica circa l'effettiva attitudine dello strumento consensuale della convenzione urbanistica a rappresentare un valido ed efficace strumento di pianificazione e sviluppo del territorio alla luce dei numerosi dubbi che investono ancora tutta la materia degli accordi e, in particolare, della loro qualificazione giuridica.

Non mancano i riferimenti, in tal senso, al territorio campano e, nello specifico, all'infinita vicenda che riguarda l'area di Bagnoli e di Coroglio.

- 2. Il consenso prima della legge sul procedimento: cenni.

L'(antica) oscillazione tra autorità e consenso è materia all'attenzione della dottrina a far data, è lecito supporre, dalle prime teorizzazioni sugli istituti del diritto amministrativo. La prassi ha, di volta in volta, individuato una serie di compromessi in grado di realizzare, con esiti alterni e non sempre conclusivamente esaustivi, un bilanciamento degli opposti concetti tale da consentirne anche la convivenza nelle medesime figure giuridiche.

Talvolta, il dibattito ha poco lucidamente favorito, almeno per il passato, l'autorità in luogo del consenso consegnando metodicamente al diritto amministrativo solo ed esclusivamente gli atti cosiddetti autoritativi.¹

Benvero, la consensualità rappresenta uno dei modelli cui l'Amministrazione può rimandare per il raggiungimento degli scopi prefissati dalla legge pur non essendo, pregiudizialmente, l'unico possibile.

Sino dalla prima evoluzione teorica del diritto amministrativo (risalente con ogni certezza all'inizio del XIX secolo), la sovranità del potere amministrativo rivestiva un ruolo di assoluta centralità nell'ordinamento tanto da non essere mai posta in discussione anche solo sul piano del metodo, figuriamoci su quello ontologico.

¹ F.G. Scoca, "Autorità e consenso", in "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", Milano, 2002

Data questa impostazione, ben si comprende, dunque, come anche i contratti stipulati dalla Pubblica Amministrazione fossero fatti rientrare a pieno titolo nella categoria degli atti amministrativi in quanto, almeno nella considerazione della dottrina, pura espressione del potere autoritativo.²

Ne derivava che le controversie sugli atti di tale natura fossero inevitabilmente rimesse alla cognizione del giudice “speciale”, con ogni intuibile conseguenza sul piano della doppia tutela (una di serie A ed una serie B) e del sacrificio pressoché totale imposto ai privati nelle contrattazioni così considerate.

Lo schematismo esasperato di cui si è detto, comincia a subire i primi colpi agli inizi del XX secolo e, in particolare, allorché si va affermando la teoria della doppia natura, o del doppio grado: in altri termini, della sussistenza, all'interno della medesima fattispecie, di atti di natura pubblica e di atti di natura privata.³

In tal senso, acquisiscono rilievo le figure del contratto ad evidenza pubblica e della concessione- contratto: entrambe vedono concentrati gli atti amministrativi nella fase preliminare della formazione del contratto e/o del rapporto concessorio e quelli consensuali nella fase della esecuzione del contratto e/o del successivo svolgimento del rapporto concessorio.

² E. Casetta, *“Profili dell’evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione”*, in Riv. Trim. dir. Amm. 1993, 1, p. 11

³ G. Rossi, *“Diritto pubblico e diritto privato nell’attività della pubblica amministrazione”*, in Diritto Pubblico, 1999, p. 679

Al di là delle concezioni teoriche appena elaborate, resta il grande dubbio: come può l'Amministrazione conciliare in sé, e nella emanazione dei propri atti di imperio, il potere autoritativo e l'autonomia privata?

Può, forse, agire senza vincolo di scopo?

L'attività amministrativa è sia funzionalizzata, sia consensuale? E in che modo ciò è possibile?

La sentita necessità di abbattere il muro dell'incomprensione e, così, frenare l'allontanamento tra Pubblica Amministrazione e cittadini⁴ viene in qualche modo trasfusa nei lavori della Commissione Nigro che rappresenta senza dubbio l'antecedente storico, nonché la prima effettiva trascrizione, di tutta quella serie di disposizioni e principi di seguito confluiti nella legge n. 241/1990.⁵

Si legge, forse per la prima volta, uno spiccato *favor* nei confronti della consensualizzazione dei rapporti che non ha, stavolta, nulla di latamente nozionistico ma, invece, di sostanzialmente concreto: negli atti consensuali l'amministrazione decide con le regole della discrezionalità.

La legge consente all'amministrazione di aderire ad atti bilaterali (accordi), anzi che ricorrere a quelli solitamente unilaterali.

Il consenso diventa lo strumento generale dell'azione amministrativa.

⁴ M.S. Giannini, "Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato", trasmesso alle Camere il 16 novembre del 1979, Roma

⁵ Vedi l'Appunto di Mario Nigro pubblicato in Riv. Trim. scienza amm., 1984, n. 4, p. 79 e ss.

La portata fortemente innovativa delle nuove disposizioni della legge sul procedimento amministrativo incontrano, com'era agevolmente presumibile, una significativa battuta di arresto ad opera della giurisprudenza.⁶

Il pensiero illuminato di Mario Nigro segna, in realtà, solo il primo passo su un sentiero lungo e tortuoso che (a partire dalla Commissione o dalla prima formulazione della legge sul procedimento) aprirà con la finalità di superare il modello tradizionale dell'esercizio autoritativo del potere come unico modello della funzione pubblica.⁷

⁶ Vedi Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 19 febbraio 1987, n. 7, in Foro It., 1988, III

⁷ M. Nigro, *“Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione”*, in Dir. proc. amm., 1989, p. 5 e ss.

- 3. La dicotomia pubblico-privato; i lavori della Bicamerale del 1997.

Ed infatti, la prima stagione delle riforme avviate in tal senso prevede l'introduzione di una norma ad *hoc* che possa legittimare la Pubblica Amministrazione all'azione secondo moduli negoziali.

In questa direzione risultano, pertanto, orientati sia i lavori della Commissione Bicamerale, istituita con legge costituzionale n. 1/1997, presieduta dall'On.le D'Alema, sia il disegno di legge n. 4860 cd. Cerulli Irelli.

I primi confluiscono nel testo approvato nell'ottobre del 1997 secondo cui "salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, le PP.AA. agiscono in base alle norme di diritto privato".

Lo schema consensuale è così elevato a regola di applicazione generale.

Questo almeno all'apparenza. Perché a voler proprio ragionare sulla portata del principio in tal modo enucleato si deve necessariamente giungere alla conclusione per cui, fermo il principio di legalità (come, del tenuto presente nei lavori della Bicamerale), gli atti della Pubblica Amministrazione, benché espressi nelle forme del diritto privato, non potrebbero mai essere negozi ma sempre atti esecutivi, e cioè atti in tutto e per tutto simili agli atti amministrativi.⁸

⁸ F. Merusi, "Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano", in Riv. Trim. dir. Amm. n. 4/2004, p. 649 e ss.. Merusi sostiene l'assoluta attualità degli studi di S. Romano soprattutto per quello che concerne l'estensione del diritto privato all'azione dell'amministrazione: la norma,

In presenza del principio di legalità, dunque, gli atti di diritto privato dell'amministrazione non avrebbero grandi possibilità di tramutarsi in negozi giuridici.

E' appena il caso di sottolineare, comunque, che il progetto della Commissione Bicamerale è naufragato impedendo alla norma innovatrice l'entrata in vigore.⁹

Analoga conclusione ha trovato anche la proposta di legge Cerulli Irelli di cui s'è detto poc'anzi. La norma mirava, in particolare, a svincolare il perseguimento del pubblico interesse dal modello pubblicistico dell'esercizio unilaterale del potere amministrativo.

Il progetto dal contenuto così ampiamente innovativo è decaduto per effetto del decorso del termine naturale della legislatura.

Rimane, certamente, apprezzabile l'intento di riforma normativa mirata allo scardinamento dei principi così fortemente strutturati nel nostro ordinamento e il tentativo, sempre più incalzante, di convergenza delle opposte anime.

Per comprendere meglio le difficoltà a ricomporre una contrapposizione tanto forte, basti pensare all'assunto chiarificatore di Cammeo secondo cui "il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti fra individuo e Stato, i quali devono sempre

come formulata all'interno dei lavori della Bicamerale, e confluita nel testo della legge sul procedimento al comma 1bis dell'art. 1 non poteva, almeno nella prospettiva dell'Autore, avere alcuna conseguenza né teorica, né pratica.

⁹ S. Giacchetti, *"Morte e trasfigurazione del diritto amministrativo"*, in Consiglio di Stato, 1998, II, p. 120

presumersi regolati dal diritto pubblico se non v'è chiara ed espressa ragione in contrario".¹⁰

Del resto, come ben si evince da quanto sin qui sommariamente esposto, l'opposizione alla rigida ripartizione pubblico-privato è ideologica e culturale ancor prima che tecnica e giuridica.¹¹

Come possono le norme del diritto privato considerarsi idonee a garantire la cura del pubblico interesse?

Un'amministrazione retta sugli schemi del consenso negherebbe, con ogni buona probabilità, le premesse dell'intero sistema su cui fonda il diritto amministrativo.

Eppure, il processo di "despecializzazione" del diritto amministrativo viene confermato sia dalla prassi; sia dal legislatore, in particolare, con le modifiche introdotte dalla legge n. 15 del 2005 alla legge sul procedimento. Sul punto, si ritornerà tra breve.

In qualche modo, dunque, può dirsi che la dicotomia pubblico-privato non viene messa in crisi perché l'area del pubblico si restringe.¹² Si tratta, perciò, di disegnare la geometria dei rispettivi

¹⁰ F. Cammeo, *"Corso di diritto amministrativo"*, Padova, 1960, p. 51 e ss.. Ad ogni il modo, il testo del d.d.l. in parola viene a tutt'oggi considerato l'antecedente storico, la fonte ispiratrice della legge di riforma del procedimento amministrativo con specifico riguardo all'introduzione del comma 1 bis all'art. 1. Ciò non di meno, non sfugge che molti dubbi sono stati sollevati proprio da Cerulli Irelli circa l'effettivo e concreto utilizzo del modulo negoziale da parte dell'amministrazione. Sul tema, vedi *"Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali"*, in *Dir. Amm.*, 2, 2003, p. 217 e ss.

¹¹ G. Napolitano, *"Pubblico e privato nel diritto amministrativo"*, Milano, 2003, p. 3 e ss.

¹² G. Corso, *"Manuale di diritto amministrativo"*, Torino, 2006, p. 360.

spazi laddove la relazione tra Pubblica Amministrazione e privati è oggettivamente asimmetrica.¹³

Si fa largo l'autonomia privata basata sulle logiche della concorrenza e della libera iniziativa come richiesto (talvolta imposto) dai trattati comunitari. Non già mera "nostalgia" del diritto privato, dunque,¹⁴ né marcato antagonismo; bensì pacifica convivenza secondo regole condivise che sintetizzano bene il passaggio dei tempi.

La riorganizzazione della sfera pubblica riguarda, oltre alle attività economiche, anche quelle sociali. Queste trasformazioni sono determinate, da un lato, dall'esigenza di ridurre il più possibile il sovraccarico delle amministrazioni; dall'altro, di promuovere il contributo dei cittadini singoli o associati al perseguimento degli interessi generali.

L'amministrazione si apre, così, all'intervento dei privati giungendo ad affidare loro compiti, e servizi, pubblici.

In tal senso, si legge anche la riforma della Costituzione con le modifiche introdotte all'art. 118, comma 4 che introduce non già un sistema di ripartizione delle differenti sfere di azione, ma un

¹³ U. Breccia, *"L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico"*, in Riv. Crit. Dir. Priv., 1989, p. 191 e ss.

¹⁴ G. Rossi, *"Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi"*, in Dir. Pubbl., 1998, p. 661 e ss.. La "nostalgia" del diritto privato si spinge fino al punto di consentire il superamento della dicotomia pubblico- privato, finendo col prospettare la conquista vera e propria di un diritto da parte dell'altro, come indicato da G. Alpa, *"Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta"*, in Studi in onore di Pietro Rescigno, Milano, I, 1998, p. 8 e ss.

principio regolatore della sfera pubblica (cioè, nella fattispecie, quello di sussidiarietà orizzontale).

Si impone, pertanto, un mutamento della prospettiva tradizionale con il passaggio, neanche tanto graduale, dall'impianto dicotomico alla fungibilità tra pubblico e privato.¹⁵

¹⁵ G. Napolitano, *op. cit.* p. 75 e ss.

- 4. Provvedimento e negozio sono figure intercambiabili?

Va da sé, che i problemi di interpretazione di questa stretta virata nella direzione della “privatizzazione” del diritto amministrativo restano e vanno in qualche modo affrontati.

Se da un lato, infatti, la Pubblica Amministrazione è, tra l’altro, un soggetto di diritto comune titolare, in quanto tale, di diritti ed obblighi come un privato, dall’altro può avvalersi dello strumento negoziale nel rapporto con i cittadini.

Ebbene, l’utilizzo del negozio come strumento dell’azione amministrativa pone anzitutto il problema di delimitare lo spazio (e si torna alla geometria di cui sopra) nel quale può trovare concreta realizzazione.

Un conto è (*rectius*: dovrebbe essere) l’uso del negozio; altro conto è l’emanazione di un provvedimento.

Può lo strumento privatistico soddisfare le esigenze della funzione amministrativa?

La dottrina italiana si è persuasa a concludere positivamente il ragionamento sulla base di un metodo che non esclude nulla: l’attività amministrativa svolta con strumenti privatistici è sempre attività funzionalizzata.¹⁶

Non dovrebbe dubitarsi, in quest’ottica, della natura di autonomia privata dei poteri di gestione attribuiti all’Amministrazione.

¹⁶ F.G. Scoca, “*Diritto amministrativo*”, Torino, 2011, p. 56 e ss.

Eppure, una condizione risolutiva c'è: occorre una disposizione di legge.

Al di fuori di questa, infatti, rivive lo statuto generale dell'attività amministrativa per il quale l'autorità è un attributo del potere, e cioè potere di disciplinare interessi anche in assenza del consenso dei titolari degli interessi medesimi.

Orbene, se è vero che il potere autoritativo si esprime, di regola, in atti unilaterali, è vero anche che può esprimersi attraverso atti bilaterali (consensuali).

Questa è la condizione che si realizza nella disposizione dell'art. 11 della legge n. 241/1990 indipendentemente dall'autoritatività del potere esercitato. Si tratta, infatti, di potere soggetto sempre al sistema generale del diritto amministrativo nell'esercizio del quale l'azione dell'amministrazione è sì funzionale all'interesse pubblico ma si svolge in modo da pregiudicare il meno possibile l'interesse dei privati.

- 5. L'inarrestabile processo di "consensualizzazione" dei rapporti amministrativi; dalla legge sul procedimento alla novella del 2005.

L'art. 1, comma 1 della legge sul procedimento amministrativo ha enunciato i principi ispiratori dell'attività amministrativa.

La legge n. 15 dell'11 febbraio 2005 introduce, all'art. 1, il comma 1 bis con il quale si è affermato che la pubblica amministrazione agisce, salvo che la legge disponga diversamente, secondo le norme di diritto privato nell'adozione di atti di natura non autoritativa.

Nell'ottica del legislatore, quindi, il diritto amministrativo diventa uno degli strumenti utilizzabili e il modello consensuale diviene regola generale di azione amministrativa.

In questo clima di armoniosa pacificazione tra il modello pubblicistico e quello privatistico, si registra l'inarrestabile processo di "consensualizzazione" dell'agire amministrativo.¹⁷

Come se tutte le considerazioni fino a qui svolte fossero univocamente finalizzate all'accettazione di un unico principio: la normale applicazione agli atti amministrativi non autoritativi delle norme di diritto privato (art. 1, comma 1 bis).¹⁸

La svolta segnata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 è di gran rilievo sotto il profilo appena enunciato.

¹⁷ G. Pericu, M. Gola, *"L'attività consensuale della pubblica amministrazione"*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, IV ed., vol. II, Bologna 2005, p. 283

¹⁸ N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, *"La pubblica amministrazione e la sua azione"*, Torino, 2005, p. 77 e ss.

Con l'introduzione del comma 1 bis viene in qualche modo invertito il criterio di assegnazione tradizionale: al diritto amministrativo il regime pubblicistico; al diritto comune il regime privatistico.

Nella prospettiva enunciata, e dopo i tentativi svolti, questa disposizione è stata salutata come una conquista di civiltà in grado di infondere effetti benefici nel tessuto sociale.

Si pensi all'auspicata crescita del diritto privato nel settore dell'economia;¹⁹ allo slancio liberista delle politiche europee; all'inarrestabile globalizzazione dei mercati. I territori del diritto amministrativo arretrano e avanzano i modelli consensuali.

Lo statuto amministrativo tradizionale sembra obsoleto e poco efficace a garantire la flessibilità richiesta dall'avanzare dei tempi e dalle esigenze di sviluppo della società. Risponde a criteri autoritari, unilaterali e gerarchici. La piramide sembra non funzionare più.²⁰

Va altresì registrato, accanto a ciò, che ad opera della medesima novella legislativa si conferisce nuova linfa al principio di legalità anche tramite un rafforzamento delle garanzie partecipative.²¹

In linea con un principio di democrazia condiviso da larga parte della dottrina, il legislatore fa proprie le istanze di dialettica

¹⁹ V. Spagnuolo Vigorita, *“L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico (1959); Id. “Problemi giuridici dell’ausilio finanziario pubblico (1964); Id. Attività economica privata e potere amministrativo (1962), poi raccolte in “Opere giuridiche”, Napoli, 2001*

²⁰ Bruno E.G. Fuoco, *“L’art. 1, comma 1 bis, della legge n. 241/1990. Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato”*, in Lexitalia n. 6/2005

²¹ F. Trimarchi, *“Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo”*, in Dir. Proc. Amm., 2000, p. 627

procedimentale e, per conseguenza, rende accessibili i documenti, apre le porte al dibattito endoprocedimentale tramite l'acquisizione di pareri ed osservazioni; ne rende vincolante l'osservanza nella motivazione del provvedimento eventualmente negativo.

Viene in mente, ancora una volta, il contributo di Cerulli Irelli espresso nel surrichiamato progetto di legge del 25 ottobre 2000 A.C. 6844 in cui si legge: *“non esistono poteri amministrativi impliciti o occulti ma i poteri sono quelli previsti dalla legge. Le parti di un rapporto amministrativo sono poste tendenzialmente in una posizione di parità, tutelata dai principi di legge”*.

Principale espressione ne è il comma 1bis che, nel tentativo estremo di comparazione tra la riconfermata permanenza del principio di legalità e lo schema negoziale dell'azione amministrativa, lascia fuori dalla sua previsione gli atti di natura non autoritativa.

Con l'espressione “atti autoritativi” si rimanderebbe, dunque, agli atti emanati dalla Pubblica Amministrazione nell'esercizio della sua Autorità.²²

Secondo un'altra impostazione, invece, non tutti i settori della pubblica amministrazione si prestano ad essere regolati secondo il modulo negoziale.²³

²² G. Napolitano, *“L'attività amministrativa e il diritto privato”*, in Giorn. Dir. Amm. n. 5/2005, p. 485

²³ F. Trimarchi Banfi, *“L'art. 1 comma 1bis della legge 241/1990”*, in Foro Amm. Cons. Stato, 2005, p. 947 dove si sostiene che quando usa il diritto dei privati, “l'amministrazione non accampa poteri né subisce vincoli diversi da quelli che valgono per i privati, salvo espresse disposizioni di legge. Il soddisfacimento delle

Questa esclusione, peraltro, vale sempre allorquando si riscontri l'esigenza di produrre un effetto giuridico senza il consenso del suo destinatario.²⁴ Non rientrerebbero, dunque, nella categoria degli atti autoritativi i provvedimenti che, almeno tecnicamente, possono sostituirsi con atti privatistici.

In realtà, la disposizione del comma 1bis lascia intendere che la sua sfera di applicazione sia circoscritta a tutti gli atti emanati in assenza di una specifica legge di settore che prescriva l'adozione di regole in deroga al diritto comune.

Sarà, pertanto, sufficiente (anche se non proprio semplice) distinguere caso per caso la singola fattispecie normativa applicabile al settore di volta in volta individuato.

Il principio dell'adottabilità dello strumento privatistico coincide, pertanto, con il principio del procedimento.²⁵

esigenze peculiari delle attività amministrative, quando questa cessa di essere funzione e si svolge in forma privatistica, deve allora passare attraverso vie diverse. E poiché l'art. 1, comma 1 bis parrebbe destinato a dare forma integralmente contrattuale alle fattispecie di sovvenzionamento e di concessione di beni o di servizi, la domanda che si pone se e come possa essere affermata la perdurante vigenza del principio di imparzialità nell'attribuzione delle suddette utilità".

²⁴ V. Cerulli Irelli, *"Diritto privato dell'amministrazione pubblica"*, Torino, 2008, p. 17 e ss.

²⁵ S. Civitarese Matteucci, *"Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato"* in *Diritto Pubblico*, 2, 2003, p.405 e ss.

Il dato esteriore suggerisce un arretramento progressivo ed inesorabile del diritto amministrativo e dello statuto del potere in favore del diritto privato e dello schema negoziale.²⁶

Ma il vivace dibattito dottrinale sull'argomento sembra smentire tale conclusione; in realtà, gli interrogativi più densi di significato si incentrano sulla nozione di Autorità poiché l'azione autoritativa, a ben vedere, può trasfondersi sia in atti bilaterali o consensuali, sia in atti unilaterali e imperativi.²⁷

Entrambi gli strumenti sono asservibili alla cura dei preminenti interessi pubblici.²⁸

Se quanto appena detto vale per il principio generale che discende dall'art. 1 della legge sul procedimento, altrettanto potrà dirsi con riguardo specifico alla previsione di cui all'art. 11. **Gli accordi, nella prospettiva enunciata, non rientrano certo nella categoria degli atti non autoritativi; tuttavia, sono potere in forma consensuale.**

La questione della perfetta fungibilità degli strumenti adoperabili dalla pubblica amministrazione nell'esercizio della sua funzione, va affrontata sotto il profilo della costituzionalità.

²⁶ S. Giacchetti, *"Morte e trasfigurazione del diritto amministrativo"*, in Cons. di Stato, 1998, vol. II, p. 120

²⁷ L. Iannotta, *"L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato"*, in Dir. Amm. 2/2006, p. 34 e ss.

²⁸ L. Iannotta, *"Atti non autoritativi ed interessi legittimi"*, Napoli, 1984

Con riferimento all'art. 97 Cost., i principi da qui enucleati impongono la cura dell'interesse pubblico sopra ogni cosa; sia che la pubblica amministrazione svolga la sua attività secondo lo schema privatistico sia, viceversa, che lo faccia con lo strumento pubblicistico.

Economicità e convenienza si allineano perfettamente al rapporto costi-benefici.

Il negozio stipulato dalla pubblica amministrazione è soggetto ai precetti costituzionali del buon andamento essendo strumento funzionalizzato verso una direzione obbligata.

Per ciò che concerne, invece, la questione delle tutele, basti pensare che la platea di soggetti portatori di interessi legittimi è certamente più ampia di quella composta dai titolari di diritti soggettivi, dunque l'utilizzo dello strumento privatistico al posto di quello pubblicistico per l'esercizio dell'attività amministrativa può dare luogo ad un cambiamento di regime sul versante della tutela con intuibili conseguenze sotto il profilo della costituzionalità.

In secondo luogo, è appena il caso di sottolineare che, almeno in diritto amministrativo, l'assetto degli interessi che viene regolato dal provvedimento è sempre oggetto di una potenziale revisione da parte dell'amministrazione in via di autotutela. Quindi, diversamente da quello del contratto di diritto privato, il contenuto dell'atto amministrativo ha sempre il carattere della precarietà, in ragione della specifica esigenza di garanzia degli interessi pubblici. L'assetto

regolato con lo schema “pubblico” è, altresì, intrinsecamente mobile e sottoposto al potere unilaterale dell’amministrazione in caso di sopravvenute esigenze pubbliche.²⁹

Altra questione circa la dubbia fungibilità dello strumento privatistico con quello pubblicistico, riguarda certamente le modalità di accesso alle “utilità” conferite dalla pubblica amministrazione.

Il tema sarà certamente ripreso allorquando si tratterà degli accordi, in particolare sostitutivi; sia con riferimento alla natura autoritativa degli stessi, sia con riguardo alla “mobilità” dei contenuti che ne sono oggetto.³⁰

²⁹ N. Saitta, “005: licenza di sostituire (a proposito del “nuovo” art. 11 della legge n. 241), in www.giustamm.it n. 6/2005 in cui l’Autore commenta un’Adunanza Generale del 17.02.1987 n. 7 con cui il Consiglio di Stato aveva suggerito l’opportunità che venisse affidata alle singole leggi di settore la scelta, cognita causa, sul se riconoscere alla P.A. la facoltà di scelta tra l’emanazione del provvedimento e la stipulazione dell’accordo. Il Collegio si preoccupava, nello specifico, di avvertire che, in caso di accordo sostitutivo, la disciplina sarebbe risultata sprovvista dei caratteri della esecutività e dell’imperatività. D’altro canto, sarebbe stato in ogni caso più che logico che l’amministrazione conservasse una posizione di supremazia nel regolare l’assetto degli interessi pubblici tramite lo strumento dell’accordo.

³⁰ In tal senso, vedi anche V. Cerulli Irelli “*Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*”, cit., p. 224

- 6. Funzionalità dell'azione amministrativa; il potere precettivo dell'amministrazione.

Sulla base dell'asserita fungibilità degli strumenti nelle mani dell'amministrazione, viene in rilievo il tema della funzionalità dell'azione amministrativa.³¹

Il quesito è agevolmente intuibile: l'attività amministrativa posta in essere tramite il modulo negoziale è sempre attività funzionalizzata?

La risposta positiva sembra essere prevalente.³²

Ci viene in soccorso il principio di legalità: a dire, cioè, che l'Amministrazione svolge attività individuate dalla legge anche quando le esercita con atti di diritto privato.

Dunque, l'impiego del contratto non pregiudica il carattere funzionale dell'attività. Ma allora viene da domandarsi quando la stipulazione del contratto sia preferibile all'adozione del provvedimento.

Quali sono, in sostanza, le ragioni che giustificano l'adozione del modello contrattuale in luogo di quello provvedimentale?³³

³¹ Sul problema della piena alternatività tra provvedimento e contratto, vedi anche G. Pericu, "Note in tema di attività di diritto privato della P.A.", in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, Milano, 1966, p. 163 e ss.; A. Perini, "L'interesse pubblico tra autorità e consenso. Verso l'urbanistica consensuale: un'occasione mancata", nota a sent. Corte Cost. n. 135/1998, in *Riv. Giur. Urb.*, 1998, p. 243 e ss.

³² F.G. Scoca, "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", in *Atti del Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2002, p. 29

Ebbene, non si può affrontare la questione senza aver prima fatto cenno al sistema dei controlli. La funzionalità, infatti, è controllabile sul piano giuridico: carattere funzionale del potere e regime degli atti sono una cosa sola.³⁴

Tuttavia, il carattere funzionale dell'agire amministrativo non sempre, e non necessariamente, è assicurato mediante l'assoggettamento degli atti al sindacato del giudice per la verifica della sua coerenza con gli scopi prefissati dalla legge. Il controllo cui si fa qui riferimento riguarda, in particolare, interessi il cui assetto è garantito solo dai poteri di azione unilaterali. In questo quadro, l'adozione del contratto diventa una scelta difficile, se non addirittura impossibile, in quanto non agevolmente controllabile.

Il binomio potere-funzione è stato a lungo teorizzato anche in relazione al suo fondamento preminentemente costituzionale (si pensi, ancora una volta, ai principi enunciati dall'art. 97 Cost.).³⁵

³³ F. Trimarchi Banfi, *“Il diritto privato dell'amministrazione pubblica”*, in Dir. Amm. n. 4/2004, p. 661

³⁴ F. Trimarchi Banfi, *op. cit.* p. 663

³⁵ S. Civitarese Matteucci, *“Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato”*, in Dir. Pubbl. n. 2/2003, p. 405. L'Autore, in particolare, si sofferma sullo studio di Orsi Battaglini sulla privatizzazione del pubblico impiego che, prendendo le mosse dal settore specifico, afferma dapprima l'esigenza costituzionale di un regime pubblicistico dell'attività amministrativa e, in seguito, la smentisce alla luce del sempre più diffuso fenomeno di funzioni pubbliche svolte da privati. Sul punto vedi anche U. Allegretti, *“Amministrazione Pubblica e Costituzione”*, Padova, 1996, p. 105, in cui il passaggio del potere alla funzione viene giustificato sulla base di un forte ancoraggio dell'amministrazione ai principi fondamentali dell'ordinamento democratico fissati dalla Carta Costituzionale (solidarietà, uguaglianza, diritti fondamentali, imparzialità).

Se si afferma, dunque, che l'attività della pubblica amministrazione è una soltanto, essendo giuridicamente legittimata dalla Costituzione, perde significato anche il dibattito sull'utilizzo del modulo privatistico in alternativa a quello pubblicistico. Che sia provvedimento o contratto, non cambia mai il modo di manifestarsi dell'attività.³⁶

Gli argomenti a sostegno della tesi per cui la Costituzione impone il regime funzionale dell'attività amministrativa indipendentemente dallo strumento prescelto per il suo svolgimento appare è, perciò, largamente condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza.³⁷

Il fondamentale principio costituzionale della funzione è proprio quello di fondarsi sulla discrezionalità e non sull'autonomia privata.³⁸

L'assenza di autonomia privata, in ogni caso, non significa in nessun caso concepire una capacità giuridica dell'amministrazione sacrificata.³⁹

³⁶ Sempre U. Allegretti, in *"L'imparzialità amministrativa"*, Padova, 1965, p. 371, osserva che così come tutti i profili propri dell'imparzialità nell'attività cosiddetta pubblicistica si rinvengono anche in quella cosiddetta privatistica, precisando che della funzione sono identificabili i tre profili costitutivi essenziali: l'introduttivo, l'istruttorio e il decisorio.

³⁷ Sul largo impiego delle conclusioni così espresse ad opera della giurisprudenza, oltre che della dottrina, vedi M. Magri, *"La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale"*, Milano, 2002, p. 254

³⁸ S. Civitarese Matteucci, *op. cit.*, p. 410

³⁹ C. Marzuoli, *"Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione"*, Milano, 1982, p. 114. Sulla totale assenza di autonomia privata in capo all'amministrazione si esprime anche F.G. Scoca in *"Autorità e consenso"*,

Significa “soltanto” ancorare la funzionalità dell’attività all’esistenza del procedimento. Quest’ultimo è la forma della funzione.⁴⁰

Nell’ottica in cui l’amministrazione agisce sempre sulla base di valutazioni discrezionali anziché libere, dovendo perseguire l’interesse pubblico e rispettare le situazioni soggettive del privato, assume rilievo decisivo solo la procedimentalizzazione della sua attività.

La funzionalità si sostanzia, dunque, in una serie di regole declinate nell’ambito del procedimento amministrativo inteso come forma della funzione stessa.

in Dir. Amm., 2002, p. 437. Di segno opposto, invece, G. Greco, in *“Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema”*, in Dir. Amm. n. 3/2002, p. 413, che ripropone l’idea dell’autonomia privata dell’amministrazione in veste di contraente.

⁴⁰ F. Benvenuti, *“Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione”*, in Rass. Dir. Pubbl. 1950, p. 29 e ss.; id. *“Funzione amministrativa, procedimento, processo”*, in Dir. Pubbl., 1952, p. 122 e ss.; id. *“Appunti di diritto amministrativo”*, IV ed., Padova, 1959, p. 96 e ss.. In particolare, l’Autore, riferendosi ai principi indicati all’art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, afferma che si tratta di “principi di carattere amministrativo connaturati alla stessa essenza dell’ordinamento amministrativo. Si può precisare che dal suo stesso essere ordinamento derivi l’esigenza della logicità, come dall’essere ordinamento giuridico di uno Stato derivi l’esigenza della giustizia. Questi principi appaiono, dunque, come norme cui deve corrispondere l’attività amministrativa nel suo determinarsi in un singolo atto, in quanto rappresentano le direttive naturali e generali di sviluppo di quell’attività quali sono segnati dalla più intima essenza dell’ordinamento in cui è esplicata. Da quei principi, infatti, l’attività amministrativa è condizionata oltre che nelle caratteristiche essenziali, anche e soprattutto nel suo risolversi in un atto amministrativo e ad essi, come norme generali dell’ordinamento amministrativo, deve quindi corrispondere nel momento in cui da astratta possibilità, il potere diviene un atto concreto. E, d’altra parte, da tale natura di quei principi e da tale loro relazione con l’atto amministrativo discende ancora esattamente la loro qualifica di condizioni indirette di legittimità

Attraverso la legge (sul procedimento), poi, si individuano i precetti costituzionali che della norma in questione rappresentano i necessari postulati: garanzie partecipative nel procedimento; motivazione; trasparenza o pubblicità (entrambe esprimono compiutamente anche la rilevanza giuridica della funzione mediante la piena conoscibilità degli aspetti documentali dell'attività amministrativa).⁴¹

Ma come si arriva dalla nozione di funzione come forma del procedimento alla – contrapposta- nozione di funzione come caratteristica peculiare del rapporto consensuale?

Nella disamina del delicato passaggio in questione, ancora una volta ci soccorre Benvenuti (v. nota 40) che ritiene infondata l'affermazione secondo cui tutta l'attività amministrativa è funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico. In realtà, per l'Autore, l'attività amministrativa si traduce in funzione nella misura in cui rappresenta la manifestazione dinamica –anziché statica- del potere autoritativo.

Orbene, sembra pacifico che esiste una parte dell'attività amministrativa cui si applica il diritto comune *tout court* nel senso che ci sono relazioni tra amministrazione e privati in cui la struttura del rapporto ed il regime degli effetti non possono qualificarsi se non alla stregua del diritto privato; e non già del cd. “statuto”

degli elementi dell'atto, perché essi sono di fatto condizione di legittimità di tutto l'atto e solo indirettamente dei suoi elementi”.

⁴¹ S. Civitarese Matteucci, “*Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*”, op. cit., p. 458

pubblicistico. Questi sono rapporti in cui la natura stessa degli interessi regolati non si concilia con l'esercizio dell'autorità altrettanto efficacemente di quanto, al contrario, non avvenga con l'esercizio dell'autonomia privata.

In questa prospettiva, il potere precettivo dell'amministrazione può essere autoritativo o meno. In quest'ultimo caso, non smetterebbe comunque di essere potere amministrativo "precettivo". Non solo, ma il potere autoritativo si esprimerebbe anche in atti bilaterali (si pensi agli accordi ex art. 11, l. n. 241/90) a prescindere dal consenso dei privati il quale, da ultimo, non sarebbe neanche necessario per la formazione dell'accordo stesso.⁴²

Eppure, sembra difficile immaginare un atto consensuale in cui sia solo un soggetto a dettare la disciplina degli interessi di tutti i partecipanti al contratto: se questo accade è perché tale disciplina è espressione di una volontà che si impone su tutte le altre; se, invece, c'è consenso, nessun interesse singolo può assumere il sopravvento su quelli altrui.

Per superare le perplessità sopra esposte, sarà necessario ragionare nella chiave offerta dal comma 1 bis dell'art. 1 che ci indica come la P.A. agisca secondo le norme del diritto privato allorquando non eserciti potere.

⁴² R. Ferrara, *"Gli accordi tra i privati e la P. A."*, Milano, 1985, p. 124. Secondo l'Autore l'accordo sarebbe un mezzo per l'esercizio della funzione di indirizzo, volto a realizzare l'oggettivazione dell'interesse pubblico.

E più precisamente: allorché l'atto che rappresenta la conclusione dell'azione amministrativa non sia in nessuna relazione con l'esercizio di un potere qualificato dalla legge, dunque tipico.

Dalla suesposta ricostruzione deriva, con ogni logica conseguenza, che il regime funzionale è caratteristico anche di categorie di atti che sono legittimati da un rapporto consensuale.

- 7. Interpretazione del comma 1 bis, art. 1, legge n. 241/90: gli atti non autoritativi e il rilievo della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004

Pur partendo dalla considerazione, peraltro prevalente,⁴³ secondo cui la sua formulazione rappresenta la consacrazione del modulo negoziale nell'ambito del diritto amministrativo, la legge 11 febbraio 2005, n. 15, introduce il comma *1bis*, art. 1, l. n. 241/90.⁴⁴

Dalla lettura sistematica della disposizione in parola, emerge, anzitutto, la necessità di giungere ad una definizione univoca di atto non autoritativo.

Gli atti non autoritativi possono essere inquadrati in due distinte categorie: negozi unilaterali fondati sul diritto comune;⁴⁵ ovvero, atti unilaterali emanati nell'esercizio di un potere amministrativo non autoritativo, seppure implicanti l'applicazione delle norme civilistiche.⁴⁶

⁴³ V. Cerulli Irelli, "Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali", *Dir. Amm.*, 2/2003, p. 218 e ss.

⁴⁴ *La pubblica amministrazione, nell'adozione di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.*

⁴⁵ Vedi V. Cerulli Irelli appena citato.

⁴⁶ F. Merusi, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. Amm.*, 4/2004. In tal senso, sembra anche volto il ragionamento di L. Iannotta, "L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato", in *Dir. Amm.*, 2/2006, p. 353 che distingue gli atti amministrativi immediatamente "di diritto privato" ed atti amministrativi regolati "secondo il diritto privato" facendo rientrare solo questi ultimi nella più ampia categoria degli

Ancora una volta, viene in rilievo il profilo sostanziale della duplice dicotomia: pubblico- privato; diritti soggettivi- interessi legittimi.

Non si può trascurare il contributo versato alla questione da parte della Corte Costituzionale con la ormai nota sentenza n. 204/2004.⁴⁷

Nel ritenere estranee alla giurisdizione esclusiva le controversie in cui l'Amministrazione abbia agito fuori dalla veste propriamente autoritativa, la Consulta ha anticipato la novella del comma *1bis* confermando sostanzialmente l'esistenza di poteri e di atti non autoritativi, seppure promananti dall'Amministrazione.

In quest'ottica, gli atti di natura non autoritativa di cui al comma *1bis* vanno ricercati non tanto nell'ambito dei diritti soggettivi perfetti, quanto, invece, tra gli atti amministrativi espressione del potere amministrativo.⁴⁸

atti non autoritativi. A favore della prospettazione da ultimo formulata, l'Autore focalizza l'attenzione: a) sulle parole "*adozione, atti, agisce*" contenute nella norma, come ad indicare un'azione unilaterale che si manifesta in atti altrettanto unilaterali; b) il mancato riferimento alla capacità di diritto privato; c) l'amministrazione qualificata come pubblica. In altri termini, si tratterebbe di atti in grado di incidere unilateralmente e direttamente nella sfera giuridica altrui seppure assimilabili ai comportamenti di un soggetto privato.

⁴⁷ Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 204, in Foro It., 2004, 1, con nota di A. Travi; in Giorn. Dir. Amm., 2004, p. 969 con nota di M. Clarich; in Foro It., 2004, 1, con nota di F. Fracchia. Si veda, altresì sulla questione F.G. Scoca, "*Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno nella sent. Corte Cost. n. 204/2004*", p. 49 e ss.; A. Police, "*La giurisdizione nelle materie di urbanistica ed edilizia torna all'antico*", p. 35 e ss.; F. Cintioli, "*Brevi note sul giudizio risarcitorio dopo la sentenza n. 204/2004*", p. 81 e ss..

⁴⁸ F. Fracchia, "*La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*", (nota a Corte Cost., 28.7.2004, n. 281; Corte Cost. 6.7.2004, n. 204) in Foro It., I, 2004, I, p. 2605 e ss.

Insomma, si tratta, per alcuni, di diritti soggettivi dell'ordinamento amministrativo, ovvero diritti soggettivi amministrativi.⁴⁹

Si può giungere, pertanto, alla definizione di atto autoritativo inteso come espressione di autorità. E, in tal senso, depongono anche i lavori parlamentari che hanno interessato la materia sino ad approdare alla modifica della I Commissione permanente Affari Costituzionali (XIV legislatura): *“salvo che la legge disponga diversamente in modo espresso, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato, a meno che non ne risultino violati i principi costituzionali e le norme legislative sull'amministrazione pubblica”*.

Pur spostandosi dal piano esegetico a quello più teorico, la conclusione non cambia: secondo una formulazione “ampia” della nozione di atto autoritativo, infatti, agisce come autorità il soggetto che emana provvedimenti amministrativi; secondo un'altra più “ristretta” non si rinviene autorità tutte le volte che dall'azione amministrativa discenda una utilitas per il privato.⁵⁰

Tale ultima teoria ha avuto rilievo solo sotto il profilo della nozione di imperatività ed esecutività dell'atto e non anche, come nel caso che ci interessa, di quello dell'autoritatività. Prescinde, infatti, dalla

⁴⁹ L. Iannotta, *“Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni”*, Dir. Amm., 1999 e, sempre dello stesso Autore: *“La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto”*, Dir. Proc. Amm., 1998, p. 57 e ss.

⁵⁰ F. Trimarchi Banfi, *“L'art. 1, comma 1 bis, della legge 241/1990”* in Foro Amm. C.d.S., 2005, p. 946

distinzione pure elaborata dal Giannini, tra autorità dell'atto che esprime la volontà di legge nel caso concreto e la cd. imperatività. Va da sé che i provvedimenti amministrativi, in quanto tali, possono pur essere non imperativi ma certamente sono tutti autoritativi in ragione della loro origine normativa.⁵¹

⁵¹ M.S. Giannini, *“Diritto amministrativo”*, Giuffrè, 1988, p. 589; nell'elaborazione dell'Autore si comprende perfettamente la distinzione tra la nozione di autoritatività e quella di imperatività. Per parlarsi della prima, infatti, è necessario che sia sottesa la volontà della legge nel caso concreto. Quanto alla seconda, l'Autore chiama in causa il concetto di unilateralità della volontà dell'amministrazione.

CAPITOLO II

IL CONTRATTO DI DIRITTO PUBBLICO: GLI ACCORDI

SOMMARIO: - 1. Il contratto di diritto pubblico: criticità del modello. -2. Interpretazione della dottrina: la teoria del “doppio grado”. - 3. L’entrata in vigore della legge n. 241 del 1990: il campo di applicazione dell’art. 11. - 3.1. Consenso e sostituzione nel diritto amministrativo: l’accordo sostitutivo di provvedimento. - 3.2. L’inserimento di una determinazione preliminare all’accordo: il comma 4 bis. - 4. Obbligazioni nascenti dall’accordo; la disciplina dell’inadempimento. – 4.1 Il recesso per sopravvenute ragioni di pubblico interesse. – 4.2. L’autotutela decisoria in relazione alla determinazione preliminare; l’obbligo di motivazione dell’accordo: conseguenze. - 5. L’esecuzione degli accordi: la tutela del privato nell’ipotesi di inadempimento. – 5.1. La forza vincolante degli accordi. - 6. Cenni sulla giurisdizione degli accordi.

-1. Il contratto di diritto pubblico: criticità del modello.

Sembra essersi attestata, in tempi piuttosto recenti, l’idea secondo cui i rapporti tra amministrazioni pubbliche e privati rientrano nella categoria dei contratti pubblici anziché nel modulo alternativo dell’emanazione del provvedimento. Analogamente, del resto, si era espressa la Commissione Nigro che, come già visto in precedenza, ha enunciato il principio della contrattualità come un vero e proprio

favor per l'accordo come strumento ordinario e, dunque, alternativo al provvedimento amministrativo.⁵²

Tuttavia, il dibattito sulla figura giuridica del contratto pubblico è tuttora acceso essendo ancora in discussione nel nostro ordinamento l'esistenza vera e propria di un'autonoma categoria di contratto.⁵³

Il modulo non può che essere consensuale, benché il legame con l'interesse pubblico sia di assoluto rilievo anche, e soprattutto, sotto il profilo giuridico. Tale ultima circostanza assicura alla figura del contratto pubblico una garanzia di specificità squisitamente pubblicistica pur nella sostanziale paritarietà di rapporti tra amministrazione e privato.

Sicché, l'interesse pubblico, oltre ad essere sotteso –in quanto vincolo- all'azione consensuale delle parti, rappresenta anche il limite di quest'ultima. Come vedremo tra poco, il limite in parole si traduce, tra l'altro, in un potere di risoluzione unilaterale del contratto.⁵⁴

⁵² M. Immordino, *“Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico”*, in *Dir. Amm.* 1/1997, p.103

⁵³ F. Ledda, *“Il problema del contratto nel diritto amministrativo”*, Torino, 1962. Sul dibattito torna più tardi anche G. Falcon, *“Le convenzioni pubblicistiche”*, Milano, 1984, ritenendo inutile il distinguo, nell'ambito dell'amministrazione consensuale, tra contatti privatistici e contratti pubblicistici in ragione della tendenza a considerare tutti i contratti, ivi compresi quelli in cui è parte una pubblica amministrazione, assoggettati alle regole pubblicistiche.

⁵⁴ G. Franchini, *“Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione”*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1962, p. 36; C. Marzuoli, *“Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione”*, Milano, 1982, p. 73 e ss.; A. Rallo, *“Spunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimento”*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 2, p. 303; M. Immordino, *“Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico”*, cit., p. 115. Per tutti questi Autori l'esigenza di tutela del pubblico interesse è sempre

Ne discende che, nonostante il limite di cui si è appena detto, sia il contratto di diritto privato sia il contratto di diritto pubblico rappresentano l'incontro paritario di due manifestazioni di volontà. In ambedue le fattispecie, peraltro, sarà necessario comporre gli interessi in gioco alla cui osservanza saranno tenute entrambe le parti, seppure con un diverso grado di "intensità" come vedremo tra poco.

A seguire il ragionamento fin qui svolto, sembrerebbe lecito convenire con la tesi di chi ha voluto negare rilievo alla distinzione tra contratto di diritto privato e contratto di diritto pubblico; quasi a sminuirne i tratti distintivi in favore di una sostanziale parificazione delle figure sotto il preminente profilo della disciplina giuridica applicabile.

Eppure, le diverse caratteristiche che li individuano singolarmente assumono importanza laddove si consideri che la peculiare natura dell'oggetto del contratto (collegato all'interesse pubblico) assegna all'amministrazione indiscutibili- ed indiscusse- potestà unilaterali.

funzionalizzata e ciò rende doveroso proprio l'esercizio di un potere unilaterale di risoluzione del contratto. Potere codificato, del resto, nell'art. 11 della legge sul procedimento sia per ciò che concerne i contratti integrativi, sia per quelli sostitutivi ma già da tempo riconosciuto dalla giurisprudenza in capo all'amministrazione, indipendentemente dall'esistenza di un'espressa previsione di legge.

Siffatte differenze, hanno indotto una parte della dottrina a ritenere che il modulo consensuale sia, benvero, un *tertium genus* posto tra contratto e provvedimento.⁵⁵

E questa distinzione sembra confermata oggi all'art. 11 della l. 241/1990 con l'introduzione delle due figure di accordo integrativo e sostitutivo di provvedimento. Ebbene, sul punto in questione, alcuni Autori parlano di contratti di diritto pubblico negandone il carattere contrattuale; altri, invece, glielo conferiscono addirittura facendoli rientrare nella categoria dei contratti di diritto comune.⁵⁶

Correlativamente, si è posto anche il problema della loro forza vincolante –o meglio del grado di vincolatività- e, per conseguenza, della disciplina dell'inadempimento da parte dell'amministrazione e della tutela in favore del privato contraente.

⁵⁵ G. Crosetti, *“L'attività contrattuale della pubblica amministrazione. Aspetti evolutivi”*, Torino, 1984. In realtà la bibliografia sulla ricostruzione negazionista delle analogie tra contratto di diritto privato e contratto di diritto pubblico con riferimento ai rapporti tra privati e pubblica amministrazione, è smisuratamente ampia. Per una ricostruzione sintetica ma allo stesso tempo puntuale degli argomenti addotti a sostegno della tesi contraria all'ammissibilità del contratto pubblico, si legga P. Virga, *“Contratto (teoria generale del contratto di diritto pubblico)”*, in Enc. Dir., Vol. X, Milano 1961, p. 980 e ss.

⁵⁶ Sulla configurazione degli accordi, sia integrativi sia sostitutivi, nell'ambito dei contratti di diritto comune si veda A. Ferrari, *“La giurisdizione amministrativa esclusiva nell'ambito degli artt. 11 e 15, l. 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo”*, in Foro Amm., 1993, p. 878; e ancora G. Vettori, *“Accordi amministrativi e contratto, in Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto (a cura di E. Follieri, G. Vettori), Napoli, 1995, p. 25*

- 2. Interpretazione della dottrina: la teoria del “doppio grado”.

Dalle considerazioni suesposte, appare pregiudiziale all’indagine sul modulo consensuale proposto dagli accordi di cui all’art. 11 l. n. 241/90, una ricostruzione del complesso dibattito che ha riguardato la figura del contratto pubblico, già brevemente accennata nel paragrafo precedente.

Il problema della contrattualizzazione del potere amministrativo sembra accantonato per lungo tempo in favore di una visione paritaria degli aspetti connessi alla disciplina delle due figure (privatistica e pubblicistica).

Solo a far data dagli anni sessanta cominciò ad essere elaborata la figura del contratto ad oggetto pubblico, fondata sull’assunto per il quale sono configurabili contratti di diritto privato solo per la disciplina degli aspetti patrimoniali. Al di fuori di questa, infatti, il modulo contrattuale non potrà essere impiegato per aspetti diversi da quello citato.⁵⁷

La differenza soggettiva tra le parti si rinviene nella netta diversità dei poteri esercitati sotto il profilo degli interessi che entrano in

⁵⁷ La tesi surrichiamata è di M.S. Giannini, “*Diritto amministrativo*”, cit., p. 350 e ss., che sul tema ha chiarito che il contratto, per il fatto di essere collegato al provvedimento, può disciplinare –esclusivamente– gli aspetti patrimoniali dell’oggetto pubblico che è tale in quanto solo l’amministrazione ne dispone perché oggetto di potestà amministrativa propria. Pertanto, tali contratti sarebbero ad

gioco: il contratto mira a comporre gli interessi delle parti; il provvedimento a realizzare l'interesse pubblico, e cioè l'interesse di una sola delle parti in gioco.

Tutte queste differenze ostano, per così dire, alla configurazione di una categoria mista e intermedia tra contratto e provvedimento agevolando, viceversa, la tesi conclusiva per la quale il contratto di diritto pubblico “non costituisce una figura giuridica a sé stante perché non trova nel diritto pubblico il proprio fondamento né una particolare disciplina”.⁵⁸

Solo negli anni ottanta, la dottrina, fortemente influenzata dagli Autori tedeschi d'oltralpe, fornisce una nuova sistemazione concettuale della materia elaborando la categoria delle cd. convenzioni pubblicistiche.⁵⁹

Viene, così, ammessa l'esistenza di una figura autonoma sia dal contratto privatistico sia dal modello provvedimentale.⁶⁰ La convenzione è definita come “ogni testo concordato tra una pubblica amministrazione, che agisce nell'esercizio di una potestà pubblica, e una controparte, sia essa pubblica o privata, contenente la determinazione consensuale dei reciproci impegni, assunti mediante la comune sottoscrizione”.

oggetto pubblico in quanto aventi un oggetto consistente in beni estranei alla sfera di disposizione dei privati.

⁵⁸ F. Ledda, *“Il problema del contratto nel diritto amministrativo”*, cit.

⁵⁹ G. Falcon *“Le convenzioni pubblicistiche”*, cit., p. 71 e ss.

Per comprendere appieno la conclusione cui è pervenuta la dottrina in quegli anni, è opportuno partire dal presupposto per cui per centrare l'obiettivo della soddisfazione dell'interesse pubblico è richiesto, spesso, l'ausilio dei privati. Ebbene, la convenzione, cui in linea di principio andrebbero applicate le disposizioni del codice civile, produce effetti vincolanti sulle parti, anche se l'amministrazione può revocare la propria adesione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

Una simile conclusione tranquillizza, almeno in parte, l'interesse dei privati alla stabilità degli effetti dell'accordo. Il limite posto, infatti, al venir meno dell'adesione da parte dell'amministrazione è dato proprio dalla sopravvenienza di interessi diversi da quello originariamente sotteso alla stipulazione dell'accordo.

Stando a questo ragionamento, si spiega anche la successiva riconduzione della figura della convenzione all'alveo del contratto di diritto pubblico.

Il riconoscimento di quest'ultima categoria viene salutato come il superamento della tradizionale barriera posta contro ogni intervento volto ad affermare un assetto diverso dell'interesse pubblico che non passi per un atto di autorità. Non mancano certamente, nel medesimo periodo, gli orientamenti opposti che ancora incentrano l'attenzione sulla difficoltà di conciliare l'autonomia privata con il potere unilaterale e autoritativo.

Nell'intervallo compreso tra l'affermazione dell'esistenza del contratto di diritto pubblico e l'emanazione della legge n. 241/90 si sono succeduti numerosi mutamenti d'opinione che hanno risposto, a seconda degli orientamenti abbracciati, all'esigenza di assimilare le posizioni privatistica e pubblicistica da un lato, ovvero tenerle distinte per garantire il perdurare della facoltà di imperio in capo all'amministrazione, dall'altro.

- 3. L'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990: il campo di applicazione dell'art. 11.

Dall'ammessa negoziabilità – seppure entro certi limiti come visto- del potere amministrativo, si giunge alla codificazione del modulo consensuale tramite l'art. 11 della l. n. 241 del 1990 la cui formulazione è seguita ad un parere del Consiglio di Stato e ad un rimaneggiamento degli uffici della Presidenza del Consiglio.⁶¹

Le continue modificazioni apportate al testo non fanno altro che confermare tutte le remore del legislatore nei confronti del modello consensuale applicato ai rapporti della pubblica amministrazione.

Nel testo definitivo dell'art. 11 scompare l'enunciazione del principio di contrattualità; non vengono più previsti gli accordi cd. normativi, e cioè quegli accordi stipulati al di fuori del procedimento; mentre, nell'ambito degli accordi ammessi, integrativi e sostitutivi del provvedimento, i secondi sono stati subordinati all'espressa previsione di legge.

Colpisce maggiormente, a voler ripensare ai timori suesposti, la previsione dell'inserimento necessario dell'accordo nel procedimento amministrativo come a volerne fare lo strumento attraverso il quale i procedimenti in contraddittorio con i destinatari e gli interessati

⁶¹ Adunanza Generale 17 febbraio 1987, in Foro It., 1988, III, pp. 22 e ss.

all'atto finale possono dare luogo ad una collaborazione contrattuale.

62

Pur rimanendo lontani dal considerare l'accordo uno strumento ordinario di esercizio della funzione amministrativa in senso stretto, si è in ogni caso molto mitigata l'autoritatività del medesimo anche tramite le garanzie partecipative dei privati al procedimento.

Del tutto spontaneamente si pone il seguente quesito: la disciplina di cui al più volte richiamato art. 11 ha sdoganato la figura del contratto di diritto pubblico?

La qualificazione degli accordi come contratti di diritto pubblico non è proprio pacifica: che questi siano veri e propri contratti, alla stregua di quelli disciplinati dall'art. 1321 c.c. emerge, a ben guardare, dal fatto che gli stessi si fondano su un incontro di volontà.

Non solo, ma non è nemmeno possibile invocare la indisponibilità dell'oggetto del contratto, a voler sostenere la tesi contraria, in quanto l'amministrazione è, anche quando stipula un accordo, nella disponibilità limitata dell'oggetto. Ed il limite, si intuisce, è dato dalla compatibilità del negoziato all'interesse pubblico.

Pertanto, ai contratti di diritto pubblico si applicheranno le norme del codice civile, ivi compresa la disposizione di cui all'art. 1372 c.c.

⁶² F. Merusi, *“Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo”*, in AA.VV., *“Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo”*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 34 e ss.

da cui trae origine la forza vincolante dei contratti in generale, e quindi anche di quelli di diritto pubblico.

Qualche dubbio sulla natura di contratto di diritto pubblico in capo agli accordi è sorto con la previsione per la quale agli accordi si applicano “i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”.

Anche qui, a ben vedere, i surrichiamati principi si applicano “in quanto compatibili” e “ove non diversamente previsto”. La residualità che ne viene agevola nella conferma della teoria che vuole definire gli accordi come dei contratti di diritto pubblico.

Colpisce altresì, a proposito di quanto detto prima sulla formulazione definitiva dell'art. 11, la previsione secondo cui l'amministrazione perviene alla stipulazione di accordi sostitutivi unicamente nelle ipotesi previste dalla legge. Anche qui, l'interpretazione della dottrina è tutt'altro che univoca, oscillando clamorosamente tra chi ritiene che l'autonomia privata può essere esclusa dal legislatore soltanto in maniera espressa, in altre parole caso per caso; e tra chi, in ossequio ad una lettura più restrittiva e letterale della norma, ritiene viceversa che la stessa risulti priva di qualsivoglia operatività concreta.⁶³

⁶³ A. Romano, “*La concessione di un pubblico servizio*”, in G. Pericu- A. Romano-V. Spagnuolo Vigorita, “*La concessione di pubblico servizio*”, Milano, 1995, p. 74. Peraltro, in questo studio viene individuato anche un terzo tipo di accordo, quello successivo al provvedimento cui vengono ricondotte le concessioni di pubblico servizio.

Pericu afferma, inoltre, che se indipendentemente dall'esistenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse la pubblica amministrazione non adempie gli impegni

Le tribolazioni della dottrina, come i continui ripensamenti pur dopo la codificazione della materia avvenuta ad opera della legge n. 241/1990 consegnano agli operatori del diritto un quadro confuso e privo di una logica stabile e consolidata.

Eppure, qualche chiarimento di ordine concettuale sulla qualificazione degli accordi integrativi e sostitutivi sarà rilevante sotto il profilo della disciplina applicabile ai rapporti oggetto dell'imminente disamina.

Ad esempio, vengono ricondotti alla categoria degli accordi di cui all'art. 11 le convenzioni di lottizzazione urbanistica stipulate, su iniziativa del privato, in sostituzione dei piani particolareggiati di esecuzione. L'argomento sarà trattato dettagliatamente più avanti.

Pertanto, individuare la sfera di operatività dell'art. 11 è utile a comprenderne anzitutto l'ampiezza: in essa possono essere fatti rientrare anche gli accordi sin dall'inizio preordinati alla conclusione di un atto preminentemente contrattuale; nonché quelli che hanno carattere sostitutivo di provvedimento.

assunti, l'interessato è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo al risarcimento del danno per responsabilità contrattuale”.

- 3.1. Consenso e sostituzione nel diritto amministrativo: l'accordo sostitutivo di provvedimento.

Da quanto fin qui illustrato, emerge con sufficiente chiarezza che l'art. 11 della legge n. 241/1990 offre un'interpretazione per lo più volta a favore della tesi pubblicistica dell'accordo, benché la norma faccia espresso rinvio ai principi del codice civile.

In quest'ottica, l'accordo sostitutivo, analogamente al provvedimento, è assoggettato ai medesimi controlli; viene svolta, in altre parole, un'autentica verifica di legittimità con la conseguente possibilità che l'accordo venga annullato.

Allora, ci si può chiedere lecitamente quale sia la differenza tra l'accordo in sostituzione e il provvedimento.

Ebbene, un primo profilo di distinzione emerge sul piano della vincolatività dell'assetto di interessi regolato: la norma pone certamente maggiori limiti alla facoltà di recesso dall'accordo di quanti, invece, non ve ne siano con riferimento all'esercizio della potestà di revoca. In secondo luogo, non può non venire in evidenza la seguente circostanza: l'accordo è un atto strutturalmente bilaterale, mentre il provvedimento è –sempre– sostanzialmente unilaterale.

Il principio della negoziazione contrapposto all'esercizio dell'autorità rievoca le tradizionali ripartizioni peraltro illustrate nel capitolo precedente. In linea generale, pur senza ripetersi, va sottolineato che

la contrapposizione tra autoritatività e consenso non è più sostenibile: proprio l'art. 11 segna l'ingresso del consenso nel diritto pubblico che regola i rapporti dell'amministrazione dei cittadini.

Ma, in caso di accordo sostitutivo, si può sostenere l'esistenza di una sorta di dequotazione del carattere autoritativo dell'azione amministrativa?

La risposta più plausibile sembra quella negativa in ragione dei seguenti argomenti: l'amministrazione è titolare del potere di recesso (benché limitato, come vedremo meglio più avanti); l'accordo è vincolante tra le parti potendo, per conseguenza, essere fonte di obbligazioni per il privato; l'assetto del rapporto, una volta regolato tramite l'accordo sostitutivo, è inoppugnabile.⁶⁴

Resta, dunque, da affrontare esclusivamente la questione dell'unilateralità. Sebbene, infatti, la partecipazione del privato sia indispensabile sia che si tratti di provvedimento, sia che si tratti viceversa di accordo sostitutivo, resta ad ogni modo il fatto che l'essenza dell'agire amministrativo è unicamente la disposizione in via unilaterale.⁶⁵

⁶⁴ 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, Nello scritto, l'Autore indaga il problema sostenendo che l'autoritatività incombe sempre sullo sfondo dei rapporti tra amministrazione e privato essendo destinato a riemergere nello svolgimento dei medesimi.

⁶⁵ F. Fracchia, op. cit. p. 115 e ss.. L'Autore, nella disamina della questione, richiama una dottrina tedesca largamente consultata che vuole che la manifestazione di volontà del privato si collochi su un piano differente rispetto alla manifestazione della pubblica amministrazione. Pertanto, la fonte del rapporto si

Pur con qualche dubbio, sembra potersi concludere piuttosto pacificamente che l'accordo sostitutivo costituisce un atto amministrativo non provvedimentale e, tuttavia, produttivo di effetti giuridici rilevanti sul piano dell'ordinamento generale.

rinverrebbe nella sola volontà dell'amministrazione; mentre l'atto del privato rileverebbe solo in quanto condizione di validità ed efficacia dell'atto. Alla tesi appena illustrata, ha aderito anche E. Casetta (in *"Manuale di diritto amministrativo"*, Milano, 2012, p. 602) che ha concluso nel senso che la disciplina dell'accordo non ha eliminato, sulla scorta di quanto finora affermato, il carattere di necessaria preordinazione alla cura degli interessi pubblici dell'azione amministrativa e la unilateralità della disposizione in ordine agli stessi. In particolare, Casetta sostiene che "la validità (non solo dell'attività posta in essere in vista della stipulazione dell'atto finale ma anche) dell'accordo e la sua vincolatività sono subordinate alla compatibilità con l'interesse pubblico, il quale ne diviene così elemento definitorio.

- 3.2. L'inserimento di una determinazione preliminare all'accordo: il comma 4 bis.

La disposizione di cui al comma 4bis dell'art. 11 l. n. 241/90, introdotta dalla legge n. 15/2005, prevede che la stipulazione degli accordi sia preceduta da "una determinazione dell'organo competente per l'adozione del provvedimento". E tanto, si legge nella norma, a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

Anzitutto, la disposizione in parola sembra riguardare entrambe le forme di accordo (integrativo e sostitutivo). Ci si chiede, però, quale sia stato il reale intento del legislatore che nel 2005 intese modificare la disciplina degli accordi nel modo che abbiamo visto.

Sembra potersi assumere con ragionevole grado di certezza che lo scopo primario della modifica così introdotta sia la tutela dei terzi, anche se solo limitatamente alla fase endoprocedimentale.

Va da sé, infatti, che il terzo potrà contestare, sempre in fase procedimentale, il mancato accoglimento della proposta di accordo ovvero l'inerzia assoluta dell'amministrazione; come a dire che potrà sollevare la questione esclusivamente sulla concreta fattibilità

dell'accordo (cioè sull'an) ma non sui contenuti che ne andranno ad integrare l'efficacia.⁶⁶

Nonostante, dunque, si tratti di una contestazione tutta interna al procedimento, la determinazione sull'accordo è in ogni caso autonoma rispetto alla stipulazione di quest'ultimo.

Una simile conclusione si giustifica anche alla luce di ciò che non è confluito nel testo modificato dell'art. 11; vale a dire, il comma 4 ter nel quale era indicata la disciplina dei profili di invalidità dell'accordo conseguenti all'interposizione della determinazione preliminare.⁶⁷

Secondo la ricostruzione cui si è appena fatto riferimento, pertanto, la previa determinazione sull'accordo è autonoma e, in quanto tale, immediatamente impugnabile in via giurisdizionale sia da parte del privato proponente, sia, eventualmente, dai terzi.

⁶⁶ La tutela così intesa sembra potersi estendere sia al caso in cui l'accordo contenga una previsione favorevole nei confronti del privato con cui andrà stipulato; sia, viceversa, nell'ipotesi di contenuto sfavorevole. Sul punto, ha avuto modo di dilungarsi V. Cerulli Irelli, in *"Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/90"*, in cui l'Autore ritiene che "per quanto attiene agli aspetti della tutela, ai privati proponenti l'accordo deve essere riconosciuta la possibilità di impugnare la determinazione negativa (anche solo parzialmente) laddove contenga, ad esempio, una irragionevole o immotivata distanza dalle risultanze istruttorie".

⁶⁷ Il comma 4 ter recitava così: "La mancanza o la nullità della determinazione di cui al comma 4 bis comportano la nullità dell'accordo stipulato con la P.A.. L'annullamento della medesima determina risolve l'accordo con effetto retroattivo anche nei confronti dei terzi, salva la disciplina dell'arricchimento senza causa. In ogni caso la P.A. agisce rispettando gli obblighi di correttezza, buona fede nello svolgimento delle trattative previste dagli articoli del codice civile".

- 4. Obbligazioni nascenti dall'accordo: la disciplina dell'inadempimento.

Da quanto esposto fin qui, discende che gli accordi obbligano i privati quanto le amministrazioni all'osservanza dei loro contenuti, benché le PP. AA. siano titolari di poteri unilaterali slegati da espresse previsioni di legge.

Tuttavia, come visto, l'amministrazione non può scegliere liberamente se adempiere o meno al programma concordato con il privato; la facoltà di una simile scelta le è riservata soltanto nel momento in cui il programma succitato sia gravemente inadoneo a soddisfare gli interessi pubblici a cui era preordinato giustificandone, pertanto, il recesso, la risoluzione, la sospensione, ovvero, più raramente, la modifica.

Il mancato adempimento agli obblighi sanciti dall'accordo configura a carico delle parti una responsabilità contrattuale.⁶⁸

Alle obbligazioni contrattuali di cui si parla corrispondono, con ogni evidenza, diritti soggettivi pieni in capo ai privati i quali, al contempo, sono titolari anche di interessi legittimi.

⁶⁸ Corte di Cassazione, 25 luglio 1980, n. 4833; con la sentenza in parola la Suprema Corte ha osservato, in tema di convenzioni urbanistiche, che l'amministrazione ha la possibilità, nel perseguimento dei superiori interessi pubblici, ed in esplicitazione della sua posizione di autorità, di liberarsi dal vincolo contrattuale; tuttavia, recita la sentenza, "sino a quando essa resti sul piano contrattuale e si muova in quell'ambito, il vincolo è anche per l'ente rigido".

Sicché, il rapporto giuridico che scaturisce da un accordo (o contratto pubblico, che dir si voglia) è piuttosto complesso: l'ente contraente è titolare di poteri amministrativi ma anche di obblighi, e di correlativi diritti, di natura contrattuale; d'altro canto, il privato contraente è titolare, si ribadisce, di diritti soggettivi e di interessi legittimi.⁶⁹

La complessità della figura giuridica che viene così a crearsi ha determinato, almeno per il passato, l'ostilità nei confronti del contratto pubblico in favore della teoria cd. del doppio grado.⁷⁰ Al di là di una sistemazione, a rigor di logica, più ordinata della materia, la succitata teoria, come già visto in precedenza, contribuiva a fornire una composizione più equilibrata delle esigenze pubblicistiche e privatistiche coinvolte: da un lato, la sfera giuridica del potere amministrativo e, correlativamente, dell'interesse legittimo scaturenti dal provvedimento (a configurare il rapporto pubblicistico); dall'altro, le posizioni di diritto e di obbligazione nel rapporto contrattualistico, accessivo al primo.

⁶⁹ La giurisprudenza sul tema ha ampiamente affermato la contestuale titolarità, in capo ai privati proponenti l'accordo, di diritti soggettivi (oltre che, com'era facile prevedere, di interessi legittimi). Ad esempio, in materia di concessione di beni e servizi pubblici essenziali, vedi Consiglio di Stato, V, 5.7.1991, n. 1614 in Cons. Stato, 1991, I, p. 1155; in materia di convenzioni di lottizzazione Cass. Civ. Sez. Un., 9.4.1975, n. 1283; 16.12.1994, n. 10800 in *Giornale di diritto amministrativo*, 1995, 483. Non sono mancate isolate pronunce in senso opposto che, proprio in quanto tali, non hanno contribuito ad influenzare in nessun modo l'interpretazione della disposizione sulle obbligazioni nascenti dagli accordi.

⁷⁰ E. Bruti Liberati, *“Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico”*, cit., p. 6 e ss.

Coerentemente con i principi che sorreggono l'azione amministrativa, la teoria del contratto pubblico oggi rappresenta certamente lo schema più idoneo a conciliare la tutela del pubblico interesse con quello del contraente privato.

Resta da comprendere in cosa consista concretamente la responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione alla quale, comunque, sembra impensabile poter attribuire la facoltà di negoziazione del potere pubblico.

Eppure, tornando alla tesi del contratto pubblico, il riconoscimento di tale contrattabilità è uno dei presupposti che ne giustifica il fondamento. Del resto, anche le prestazioni contenute in un provvedimento amministrativo sono, in realtà, obbligazioni suscettibili di valutazione economica come richiesto esplicitamente dall'art. 1174 c.c..

Un'ulteriore indicazione nella direzione appena prospettata, si rinviene altresì dalla disposizione di cui all'ultimo comma della legge n. 241/90 che affida alla giurisdizione esclusiva le controversie in materia di accordi rafforzandone, in tal modo, i tratti propriamente pubblicistici.

Sul punto, si segnala brevemente che la disposizione sulla devoluzione delle controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, dapprima abrogata dal Codice sul Processo Amministrativo ex Dlgs. 2 luglio 2010, n. 104, viene reintrodotta dal medesimo all'art. 7, comma 1.

Ciò implica, con ogni logica conseguenza, che anche le azioni concernenti l'inadempimento dell'amministrazione vadano proposte dinanzi a codesto giudice. Ad una simile conclusione era peraltro pervenuta già in passato la giurisprudenza tramite un'interpretazione relativamente estensiva dell'art. 5 della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, con specifico riferimento alla concessione dei beni e dei servizi pubblici.

Ebbene, l'art. 1453 c.c. offre tre diversi rimedi all'inadempimento dell'amministrazione: l'azione per la condanna all'adempimento; l'azione per la risoluzione del contratto; l'azione, cumulabile con le prime due, di risarcimento del danno. Posto che la sede in cui si realizza la tutela del privato pregiudicato dall'inadempimento dell'amministrazione è la giurisdizione amministrativa, le azioni sopra menzionate potranno essere esperite, con gli adattamenti del caso, in quella sede.

I problemi, invero, sorgono allorché si sia in presenza di una disposizione di legge che impedisca all'amministrazione di emanare un provvedimento che abbia ad oggetto l'intero contenuto pattuito. In tal caso, sembra che possa farsi ricorso alle norme codicistiche sull'impossibilità sopravvenuta: i privati, per l'effetto, potranno chiedere la risoluzione dell'accordo; ovvero, chiedere la riduzione delle prestazioni da essi dovute; ovvero, recedere dall'accordo

qualora non abbiano alcun interesse neanche all'adempimento parziale.⁷¹

⁷¹ M. Renna, *“Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo”*, in *Diritto Amministrativo* 1/2010, p. 27 e ss.. L'Autore specifica, inoltre, che sono applicabili al caso di specie tutte le disposizioni in materia di inadempimento contrattuale, ivi comprese quelle relative alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta, nonché alla risoluzione per eccessiva onerosità. Proprio con riguardo a queste ultime ipotesi contemplate, l'Autore rileva che l'amministrazione non potrà mai invocare l'incompatibilità della risoluzione dell'accordo con il bisogno di perseguire l'interesse pubblico tramite l'esecuzione delle obbligazioni assunte dai privati in seno al medesimo accordo. Se, infatti, dovesse profilarsi, successivamente alla stipulazione dell'accordo, la necessità di tornare a perseguire l'interesse pubblico pregiudicato dalla cessazione degli effetti dell'accordo, sarà compito dell'amministrazione individuare la strada migliore per farlo.

- 4.1. Il recesso per sopravvenute ragioni di pubblico interesse.

Il potere di recedere unilateralmente dall'accordo è accordato alla pubblica amministrazione dalla legge sul procedimento all'art. 11, comma 4. Anzitutto, si parla di recesso intendendo, in tal modo, configurare il potere dell'amministrazione di revocare l'atto amministrativo (non provvedimento) di adesione al contratto per sopravvenute ragioni di pubblico interesse che lo giustificano.⁷²

Come la revoca, dunque, il potere di recesso è propriamente amministrativo e si presenta come una facoltà insita nel più ampio potere discrezionale. Sicché, tra revoca e recesso nel pubblico interesse vi è una sostanziale coincidenza. Parlare di *ius poenitendi* sarebbe forse improprio in quanto non è consentito un vero e proprio ripensamento delle valutazioni a suo tempo effettuate; viceversa, si può dire che si è in presenza del riconoscimento della possibilità per l'Amministrazione di non rimanere vincolata agli impegni assunti in presenza di situazioni di fatto o di diritto sopravvenute che determinano un diverso modo di essere del pubblico interesse.

⁷² G. Pericu e M. Gola, *“L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica”*, in Mazzaroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco e Scoca (a cura di), *“Diritto amministrativo”*, Vol. II, p. 314 e ss.. Benvero, gli Autori parlano di “clausola esorbitante rispetto alla naturale disciplina del contratto essendo questa una norma consueta nel provvedimento ed estranea al contratto in cui ogni modificazione del rapporto è possibile solo consensualmente e unilateralmente solo soltanto se è stata espressamente prevista dallo stesso regolamento contrattuale.

E proprio il vincolo giuridico al pubblico interesse, conferma oltremodo il carattere pubblicistico del recesso dai contratti in discorso. Le analogie sostanziali tra la revoca e il recesso si rinvencono certamente nella qualifica pubblicistica del potere a queste sotteso, ma anche nel fatto che ogni volta che l'amministrazione revoca un provvedimento, ovvero recede da un accordo, lo fa non già in virtù di un potere nuovo, bensì (ri)esercitando un potere già esercitato all'origine con l'emanazione del primo atto. Nella fattispecie che ci occupa, si pensi semplicemente alla determinazione che precede la stipulazione dell'accordo. Si tratta, in sintesi, di una mera replica di un potere già esercitato in precedenza.

Sul piano sistematico, la previsione si inquadra perfettamente nell'ambito dei poteri discrezionali di cui dispone l'amministrazione nell'esercizio delle sue attività.

D'altronde, la possibilità che l'amministrazione risolva un contratto per ragioni di interesse pubblico sussiste indipendentemente da qualsiasi previsione convenzionale. Non potrebbe ragionevolmente immaginarsi che questa possibilità venga esclusa dalle parti di comune accordo: le pattuizioni in tal senso sarebbero palesemente nulle per contrasto con l'art. 11 della legge n. 241/90 e, prima ancora, con i principi generali sul potere amministrativo.

Ma anche nell'ottica privatistica, e cioè volendo evocare i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti che indicano, in

particolare agli artt. 1372 e 1373 c.c., la forza vincolante dei contratti, è possibile recedere unilateralmente sia per espresse previsioni contrattuali, sia per effetto della facoltà di deroga, riconosciuta dalla legge, alla regola per cui “il contratto ha forza di legge tra le parti”.

A tal proposito, si pensi all’art. 21 sexies, l. n. 241/90 secondo il quale “il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto”.

Così ragionando, la previsione dell’art. 11, comma 4, andrebbe semplicemente qualificata come un’ipotesi speciale di recesso alla stregua delle disposizioni rinvenibili nel codice civile che, come visto, attribuiscono potestà di recesso unilaterale a una o più parti contrattuali.⁷³

Alla prospettata idea che il recesso unilaterale abbia natura privatistica, si contrappone la tesi opposta in ragione, soprattutto, del riferimento normativo ai “motivi di pubblico interesse”.⁷⁴

⁷³ G. Manfredi, “*Accordi e azione amministrativa*”, Giappichelli, 2001. In questo saggio, l’Autore introduce l’argomento del definitivo superamento del pregiudizio anti-contrattuale che caratterizzava la sistematica amministrativa tradizionale, imperniata sul principio di autorità, e che quindi rifiutava ogni forma di composizione paritaria tra i privati e la pubblica amministrazione, e tra le diverse articolazioni dell’amministrazione. La composizione paritaria su richiamata trova il suo fondamento nel principio di legalità. Esaminate le principali fattispecie consensuali nei rapporti tra amministrazione e privato, e tra amministrazioni, prende altresì in considerazione le diverse possibili qualificazioni di tali figure e, in particolare, le argomentazioni in base a cui finora non è stata accolta una qualificazione in termini contrattuale-privatistici.

⁷⁴ E. Bruti Liberati, “*Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*”, op. cit., p. 188

Si sostiene, in altri termini, che l'uso del potere amministrativo e le decisioni da questo determinate sono sempre finalizzati alla realizzazione del pubblico interesse e che, pertanto, tali decisioni, debbano e possano essere modificate laddove il pubblico interesse lo richieda.

Secondo la ricostruzione appena fatta, diventa assolutamente irrilevante che alla fattispecie si dia il nome di revoca o di recesso essendo sempre ammessa la potestà pubblicistica in forza della quale l'amministrazione si induce all'accordo.

- 4.2. L'autotutela decisoria in relazione alla delibera preliminare; l'obbligo di motivazione dell'accordo: conseguenze.

Posto, dunque, il riconoscimento della facoltà di recesso in via unilaterale dall'accordo, all'amministrazione non sembra, almeno all'apparenza, spettare al contempo un *ius variandi* rispetto al contenuto del medesimo; neanche per sopravvenute ragioni di pubblico interesse.

L'accordo, dunque, non sembrerebbe modificabile dalle parti: vuoi in osservanza del principio civilistico "pacta sunt servanda" di cui all'art. 1372 c.c. (il contratto ha forza di legge tra le parti); vuoi in ossequio alla regola della nominatività e tipicità dei poteri amministrativi corollari del principio di legalità.

Eppure, il recesso dai contratti pubblicistici è ammesso solo in presenza di esigenze pubblicistiche gravi e non soddisfabili diversamente. Queste, peraltro, devono essere espresse e formalizzate.

Da tali contratti, pertanto, discende anche per l'amministrazione un vincolo serio ed effettivo all'attuazione di quanto concordato.

Sicché, quando si possa operare la scelta tra l'esercizio del potere di recesso unilaterale dall'accordo e, in alternativa, la possibilità di modificarne il contenuto per sopravvenute ragioni di pubblico interesse, l'amministrazione deve anzitutto tentare di rinegoziare le

condizioni del contratto con i privati. Dal loro canto, i privati potrebbero preferire la strada della rinegoziazione a quella del recesso tout court.⁷⁵

Si tratta di un'alternativa secca: riformulare i termini della pattuizione contrattuale coi privati, ove sussistano i presupposti per farlo; operare il recesso, laddove gli interessi pubblici sopravvenuti giustificano l'applicazione della speciale misura prevista dalla legge.⁷⁶

Ma cosa accade nell'ipotesi in cui si rintraccino vizi inerenti alla fase di formazione dell'accordo? Quali poteri di autotutela decisoria sono riconosciuti (sempre che lo siano, chiaramente) all'amministrazione? Sarà, in proposito, il caso di richiamare il comma 4bis dell'art. 11 della l. n. 241/90 per il quale: "a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa" l'amministrazione dovrà

⁷⁵ L'esigenza di diversificare il regime della revoca rispetto a quello ordinario nei casi in cui essa incida su un rapporto contrattuale è, del resto, alla base della stessa costruzione giudiziale della concessione-contratto. Esempari, in tal senso, sono le affermazioni contenute in una delle prime sentenze in cui tale costruzione venne accolta: "un'altra conseguenza che promana dalla natura delle surripetute concessioni amministrative, **quando si accompagnano ad un contratto**, il quale importi obblighi e diritti specifici, è che esse in tali ipotesi diventano una figura mista tra concessione e contratto.....e questo doppio elemento, accostandolo al criterio della giustizia commutativa dominante nei contratti di mero diritto civile, viene a modificare quella revocabilità assoluta, ossia *ad nutum*, quella assoluta insindacabilità che altrimenti avrebbero se fossero pure" (così App. Trani, 3.4.1916). Successivamente, la giurisprudenza ha abbandonato l'idea della revocabilità *ad nutum* anche per gli atti unilaterali dell'amministrazione; ma la distinzione, ai fini della definizione dei limiti del potere di revoca (atti unilaterali e atti bilaterali), è rimasta.

⁷⁶ A. Rallo, "Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti", in Dir. Proc. Amm., 1993, pp. 318 e ss..

emanare una determinazione dell'organo che sarebbe competente ad emanare il provvedimento.

Pertanto, l'atto impugnabile da parte dei controinteressati è la previa determinazione e non il successivo accordo; soltanto il primo, dunque, sarebbe l'oggetto del potere di autotutela per l'ipotesi in cui l'amministrazione abbia esercitato illegittimamente il proprio potere discrezionale.

A questo punto, non servirebbe più chiedersi se l'accordo sia annullabile d'ufficio o meno: la previsione di cui al richiamato comma 4bis neutralizza il quesito così posto. Del resto, una qualsiasi potestà unilaterale di annullamento d'ufficio dell'accordo in capo all'amministrazione non è prevista dalla legge e pare quasi in collisione con il regime degli atti consensuali fondato sulla parità delle posizioni in campo. Tanto, almeno fino all'introduzione dell'obbligo di motivazione ai sensi dell'art. 3.

A tale proposito, vale la pena soffermarsi brevemente sulla riforma da ultimo apportata dalla cd. legge anti corruzione n. 190 del 6 novembre 2012, consistente nell'aggiunta al comma 2 dell'art. 11 della seguente previsione: "Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3".

L'obbligo di motivazione così introdotto, suggerisce un sicuro rafforzamento della tutela del privato garantendolo, oltre che con l'emanazione del previo atto, anche con un'ulteriore obbligo in capo

all'ente contraente: quello di rendere idonea motivazione alla conclusione dell'accordo, come previsto per il provvedimento.

In tal caso, potrebbe sostenersi che, alla stregua di un atto amministrativo, anche l'accordo sia, oltre che autonomamente impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, ovviamente, anche soggetto al potere di autotutela, in particolare dell'annullamento d'ufficio per vizi di legittimità nella fase della formazione.

Ed è proprio l'analogia surrichiamata, a suggerire nuovi e complessi scenari. Da un simile orientamento, indirizzato, pare, al favore nei confronti della coincidenza tra accordo sostitutivo, s'intende, e provvedimento amministrativo si ricavano molteplici conseguenze in ordine alla tutela del contraente privato.

Anzitutto, è opportuno chiarire che la questione, come accennato poc'anzi, si pone soltanto per gli accordi che sostituiscono il provvedimento, e non certo per gli accordi procedurali (cd. integrativi) per i quali è previsto che il contenuto sia determinato con un provvedimento integrato dalla pattuizione stipulata col privato. Assistiamo, nell'ipotesi contemplata, ad una parziale convenzione di chiara natura endoprocedimentale.

Sicché, ai fini della ricostruzione del ragionamento sulla novella legislativa del 2012, occorre partire da quella del 2005 attraverso la quale il legislatore ha inteso operare una netta distinzione tra la stipulazione dell'accordo e la determinazione che obbligatoriamente la precede.

Ebbene, lo scopo della determina è principalmente quello di accertare in via preventiva il rispetto dei vincoli legali e costituzionali all'azione amministrativa: in altre parole, l'organo competente valuta la proposta di accordo formulata dal privato sotto il profilo della eventuale lesività sia dei diritti dei terzi, sia del principio di legalità.⁷⁷ Si tratta di una valutazione compiuta nell'esercizio del potere discrezionale attraverso cui rendere manifeste all'esterno le ragioni per le quali l'amministrazione ricorre allo strumento consensuale. Nessun favor, dunque, alla stipulazione degli accordi, bensì una ragionevole cautela nell'applicazione del diritto privato alla conclusione di patti che abbiano un oggetto pubblico.

Da questo punto di vista, e con precipuo riferimento all'esercizio del potere, risulta ancora attuale l'osservazione di Cammeo secondo cui "il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti tra individuo e Stato" i quali devono "presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa e chiara ragione in contrario".⁷⁸

Da quanto esposto fin qui sembrerebbe, dunque, che la determinazione preliminare sia un atto di esercizio di un potere fondato nell'art. 11 della l. n. 241/90; mentre, la stipulazione

⁷⁷ La verifica approntata nel modo appena descritto è utile non solo alla stretta garanzia del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, come del resto recita la norma, ma anche del cd. vincolo di scopo. Sarebbe a dire, che la valutazione preventiva verte sulla necessaria pertinenza del contenuto precettivo dell'accordo alla finalità di interesse pubblico stabilita dalla legge.

⁷⁸ Così V. Cerulli Irelli, "Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali", Dir. Amm. 2003, p. 219 per stigmatizzare la più recente tendenza a favorire l'opposto principio di preferenza per il diritto privato.

dell'accordo sarebbe mera espressione di una volontà a contrarre e, quindi, di autonomia negoziale. La piena libertà ad autodeterminarsi fa sì che all'amministrazione che rifiuti di addivenire alla stipula dell'accordo non potrà opporsi nessuna censura: la decisione di non accettare la proposta attiene all'esercizio di un potere di autonomia negoziale, si ripete, non già all'esercizio di un potere discrezionale come, al contrario, accade per la determinazione preventiva.⁷⁹ Quest'ultima ha chiara natura provvedimentoale, anche con riguardo alla possibilità di impugnazione da parte dei terzi secondo i principi generali.

Sarà, in proposito, opportuno fare brevemente un distinguo necessario per mere ragioni processuali: la determina non potrà essere impugnata da coloro i quali lamentino la lesività dell'accordo integrativo, semplicemente per difetto di interesse. La lesione della loro sfera giuridica, infatti, potrà discendere solo dall'adozione del provvedimento finale cui si ricollegano gli effetti finali dell'atto procedimentale. Discorso diverso si farà per l'accordo sostitutivo per cui è prevista la contestuale impugnazione della determina con l'accordo che ne rende attuale l'effetto lesivo.

Per il caso di inadempimento dell'accordo integrativo, saranno previsti una serie di rimedi da valutare caso per caso: l'azione di annullamento nell'ipotesi di adozione di un provvedimento difforme

⁷⁹ Sul punto, anche, E. Bruti Liberati, *“Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico”* cit., p. 64 e ss. e S. Civitarese Matteucci, cit. p. 75 e ss.

dal previo atto; l'azione contro il silenzio inadempimento in caso di inerzia; l'azione di accertamento nel solo caso in cui l'amministrazione fosse tenuta a svolgere attività interamente vincolata.

Orbene, la previsione di una determinazione preliminare di natura procedimentale ha conseguenze piuttosto rilevanti con riferimento, ad esempio, sia all'art. 21 quinquies, sia all'art. 21 nonies l. n. 241/90. Con riferimento al primo, sarà sufficiente evocare la disposizione di cui all'art. 11, comma 4, stante la prevista facoltà di esercizio per l'amministrazione del potere di recesso in via unilaterale a fronte di sopravvenute ragioni di interesse pubblico.

Sarà possibile, a questo punto, applicare in maniera concorrente anche la previsione di cui all'art. 21 quinquies?

La risposta a questo quesito deriva dalla efficacia della determinazione preliminare: se sia istantanea, ovvero durevole. Non venendo a costituirsi nessun rapporto pubblicistico da cui derivino diritti ed obblighi con il previo atto, ed essendo dunque la determinazione un atto ad efficacia istantanea, si potrà concludere per la inconfigurabilità di un potere di revoca ex art. 21 quinquies, e per l'applicabilità della sola disposizione di cui all'art. 11, comma 4, l. n. 241/90.

Quanto al secondo punto, la retroattività dell'annullamento d'ufficio determinerà la nullità dell'accordo per mancanza dell'oggetto del medesimo. Il potere di annullamento d'ufficio andrà esercitato in un

lasso di tempo ragionevole: e cioè, entro la conclusione dell'accordo con cui viene definito l'assetto dei rapporti tra l'ente ed il privato.

Se tutte queste sono le conseguenze della natura provvedimento della determinazione preliminare, cosa accade allorquando questa qualifica viene riferita all'accordo stesso?

In disparte ogni considerazione di natura interpretativa sulla natura giuridica degli accordi che, allo stato verrebbe con ogni evidenza travolta dalla nuova disposizione, rileva anzitutto il fatto che non potrebbe più configurarsi una manifestazione di volontà a contrarre, né tantomeno di autonomia negoziale; e tanto, in ragione del fatto che alla sua stipulazione si addivene tramite l'esercizio di un potere anch'esso discrezionale e autoritativo. Al mutamento dei presupposti del potere esercitato, difatti, corrisponde necessariamente una serie di conseguenze soprattutto per il privato contraente.

Il vizio di legittimità riscontrato nella fase di formazione dell'accordo, da luogo a due ipotesi: l'annullabilità dell'accordo ex art. 21 octies; l'annullamento d'ufficio ex art. 21 nonies.

Passando all'esame del primo punto considerato, si parte dalla osservazione per cui l'obbligo di motivazione introdotto dal legislatore del 2012 sembra di poca rilevanza, se non addirittura inutile, allorquando si pensi alla determinazione preliminare. Sembra quasi che si sia voluta rafforzare la tutela del privato contraente con una disposizione ultronea.

Ma è davvero così? O meglio, mere ragioni di completezza espositiva possono giustificare la scelta legislativa di esplicitare l'obbligo di motivazione degli accordi, come previsto all'art. 3?

I risvolti (di non poco conto) del disposto normativo da ultimo introdotto, sembrerebbero affermare il contrario.

Che la scelta dello strumento consensuale debba essere adeguatamente motivata dalla pubblica amministrazione che la pone in essere è fuori di dubbio, come lo è, del resto, anche per ciò che concerne il provvedimento amministrativo.

Tuttavia, l'estensione di tale obbligo anche alla disciplina degli accordi apre nuove strade. In particolare, per ciò che attiene ai vizi di legittimità nella fase della formazione dell'accordo, si era sostenuta, almeno fino a qui, l'inammissibilità di un'autonoma impugnazione. Essendo tali vizi, peraltro, propri della determinazione preliminare e, dunque, suscettibili di convertirsi in autonome cause di invalidità dell'accordo medesimo.

L'impugnazione della determina, in questo senso, risolveva ogni problema: il vizio era soggetto al solo regime della illegittimità con conseguente onere per la parte interessata di farlo valere in via esclusiva attraverso l'impugnazione della delibera preliminare nell'ordinario termine di decadenza senza possibilità, in caso di inutile decorrenza di questo, di potersi avvalere di quello più lungo previsto dalla legge per la proposizione della domanda di annullamento.

Pertanto, ai vizi propri dell'accordo poteva farsi riferimento ai rimedi previsti dal codice civile, sostanzialmente per le ipotesi di errore di diritto (es. vizi del consenso).

Quanto appena enunciato, viene sovvertito dalla disposizione che introduce l'obbligo di motivazione dell'accordo. Quest'ultimo sarà annullabile se adottato in violazione di legge, ovvero viziato da incompetenza o eccesso di potere, alla stregua di un qualsiasi provvedimento amministrativo emanato dall'amministrazione esercente il suo potere discrezionale.

La piena libertà di autodeterminarsi all'atto della stipula dell'accordo recede in favore della discrezionalità del potere amministrativo. Il privato godrà, pertanto, della doppia tutela garantita dalla impugnabilità del previo atto, prima; dalla impugnabilità dell'accordo per difetto della motivazione (incongruenza; illogicità; contraddittorietà e così via), poi.

Il privato sarà, altresì, tenuto a compiere la valutazione circa l'effettiva possibilità che l'accordo stipulato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato (ex art. 21 octies, comma 2). Da questa verifica discenderebbe, infatti, l'annullabilità in concreto dell'accordo stipulato.

Cosa resta, quindi, dell'impianto consensuale su cui sembrava poggiare l'intera materia degli accordi? Ad una prima riflessione, sembrerebbe che la tradizionale ripartizione tra una prima fase di formazione dell'accordo che vede il potere discrezionale protagonista

della scelta dell'amministrazione di scegliere il modulo consensuale per favorire il perseguimento del pubblico interesse, ed una successiva di stipulazione ed esecuzione della previa determina fondata sul consenso e sulla negoziazione privata abbia perso qualsiasi senso logico.

L'equiparazione, sul piano sistematico della disciplina applicabile, tra determinazione preliminare e accordo successivo comporta profonde modifiche dell'impostazione originaria.

Non più, dunque, teoria del doppio grado come illustrata in precedenza: la fase della formazione dell'accordo caratterizzata dall'esercizio del potere discrezionale in capo all'amministrazione; la fase dell'esecuzione improntata alla manifestazione della volontà e, quindi, all'autonomia negoziale piena. Anche nell'ultima, infatti, l'amministrazione procede con la sua azione discrezionale lasciando ampia facoltà al privato contraente di impugnare l'accordo come avrebbe fatto con la determinazione preliminare. Sono, certamente, allungati i termini prescritti dalla legge in ordine all'eventuale impugnativa.

Viene, pertanto, da domandarsi quale sia il reale discrimine tra l'accordo sostitutivo alla luce delle modificazioni da ultimo introdotte, e il provvedimento amministrativo. Si pensi, ad esempio, alla previsione di cui all'art. 21 octies l. n. 241/90 circa la non annullabilità di quei provvedimenti adottati in violazione alle norme sul procedimento per i quali fosse palese sin dal principio che il suo

contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello che in concreto è stato adottato. Sicché, la mancata comunicazione di avvio del procedimento non rende annullabile il provvedimento laddove l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto dell'atto non avrebbe in nessun caso potuto essere diverso.

Ebbene, la disposizione in parola viene ad assumere rilievo decisivo anche per ciò che concerne la disciplina degli accordi: il privato dovrebbe compiere una valutazione circa il contenuto dispositivo dell'accordo per verificarne non solo la conformità all'accordo finale (in caso diverso, l'accordo sarebbe impugnabile per eccesso di potere), ma anche circa l'oggettiva impossibilità di addivenire ad un accordo diverso da quello in concreto adottato. Ci si chiede come sia possibile compiere una valutazione di questo genere in considerazione del fatto che l'accordo (sostitutivo, beninteso) rappresenta l'incontro tra la volontà dell'amministrazione di soddisfare l'interesse pubblico e la volontà del privato di realizzare il proprio scopo tramite il modello consensuale.

Ragionando in questi termini, si ritiene applicabile alla disciplina degli accordi anche l'art. 21 nonies l. n. 241/1990; l'autotutela decisoria viene così estesa dalla determinazione preliminare all'accordo stesso.

Sull'ultimo punto in esame, la dottrina sembra essere oscillata molto negli anni; se da un lato, infatti, si può interpretare il potere di controllo di cui al comma 3 dell'art. 11 come l'espressione concreta

del potere di annullare d'ufficio, dall'altro lato, proprio l'annullamento d'ufficio rappresenta un istituto tipico del "sistema" amministrativo.⁸⁰

Eppure una simile, apparentemente pacifica, ricostruzione andava rimeditata già prima dell'introduzione dell'obbligo di motivazione; allorquando l'annullamento incide su un contratto di diritto pubblico (in buona sostanza su un accordo) e non su un provvedimento a questo precedente, bisognava pensare che l'interesse pubblico all'annullamento fosse radicato comunque su sopravvenute esigenze. Ragionando diversamente, infatti, l'Amministrazione avrebbe dovuto compiere una valutazione nuova dell'interesse pubblico a circostanze sostanzialmente inalterate rispetto alle quali, invece, ha perso esaurito ogni potere di modifica in seguito alla stipulazione dell'accordo.

Ebbene, in seguito alla novella legislativa in commento le dispute sul tema sembrano aver perso ogni rilievo argomentativo, oltre che giuridico.

⁸⁰ Vedi Cons. Stato, Sez. IV, 6 novembre 1998, n. 1448 che recita: "Non è vero, ad avviso del Collegio, che le volontà pubblicistiche espresse negli accordi con i privati non possano essere ritirate per vizi di illegittimità originari: erroneamente il TAR parla al riguardo di revoca...giacchè si trattò di un vero e proprio annullamento".

- 5. L'esecuzione degli accordi: la tutela del privato.

Resta, dunque, da chiedersi quale possa essere, nella fase dell'esecuzione dell'accordo, la tutela garantita ai contraenti, in particolare al privato, per il caso di inadempimento delle obbligazioni nascenti dall'accordo.

Sembra potersi sostenere con ragionevole certezza che le misure contemplate siano quelle previste all'art. 1453 c.c.: azione di condanna per inadempimento (sul punto, la discussione circa la condanna ad un *facere* nei confronti dell'amministrazione è ancora aperta); in alternativa, la risoluzione del contratto; cumulabile ad entrambe le ipotesi appena viste, sussiste, ancora, il rimedio dell'azione per il risarcimento dei danni.

Riguardo al concreto esercizio di queste azioni, si dovrà tenere conto delle norme del codice civile in tema di prescrizione benché, come noto e come già evidenziato, si tratti di azioni interamente riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il potere del privato di ottenere dal giudice amministrativo una sentenza dichiarativa del rapporto giuridico intercorrente con l'amministrazione è certamente fuori discussione.⁸¹

⁸¹ Pare, dunque, che l'oggetto dell'accertamento del giudice amministrativo sia proprio il rapporto tra l'amministrazione e il privato. In questo senso, vedi V. Domenichelli, *"Le azioni proponibili nel processo amministrativo"*, in Mazzaroli, Pericu, Scoca, Romano, Roversi Monaco, (a cura di), *Diritto amministrativo cit.*, p. 543 e ss.

La questione che sembra porre maggiori dubbi riguarda, al contrario, l'applicazione dell'art. 2932 c.c. in tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto e, in particolare, circa la possibilità per il privato di ottenere una sentenza che in qualche modo produca gli effetti dell'accordo dovuto.

Ebbene, il potere discrezionale esercitato tramite l'accordo doveva ritenersi, prima della novella legislativa del 2012, consumato in seguito all'emanazione dell'accordo stesso. Sicché, in base ad una interpretazione estensiva del principio in esame si dovrebbe ammettere la possibilità, per i privati, di ottenere una sentenza costitutiva che tenga il posto del provvedimento che l'amministrazione si era impegnata ad emanare.

Oggi, sembra non potersi più ragionare in questo modo: volendo considerare l'accordo sostitutivo alla stregua di un provvedimento, al privato non resterà che esperire le azioni avverso il silenzio inadempimento, nel caso in cui l'amministrazione non abbia emanato alcun provvedimento; ovvero, il giudizio di impugnazione dell'accordo-provvedimento che l'amministrazione abbia adottato con un contenuto difforme da quello dedotto nell'accordo.⁸²

⁸² F. Manganaro, *"Il difficile equilibrio tra autorità e consenso"*, in *Urbanistica e Appalti*, 12/2002, p. 1450, secondo il quale nell'ipotesi di inadempimento all'obbligo di adottare un provvedimento con un determinato contenuto nei confronti dell'amministrazione non sarebbe ammissibile (e ciò ancor prima che intervenisse la modifica circa l'obbligo di motivazione degli accordi) un'azione ai sensi dell'art. 2932 c.c., ma potrebbero essere promosse soltanto, per l'appunto, un'azione contro il silenzio oppure un'azione di impugnazione del provvedimento adottato con un contenuto difforme da quello dedotto nell'accordo- oltre,

Pare, dunque, che non sia ammissibile l'esecuzione in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c..

Non può, d'altro canto, negarsi rilievo all'entrata in vigore del codice del nuovo processo amministrativo di cui al Dlgs. 2 luglio 2010, n. 104 che, con riferimento al bisogno di tutela dell'amministrato (viepiù del privato contraente) nei confronti della pubblica amministrazione, accoglie la facoltà di promuovere azione di condanna derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria.

Prima di affrontare l'argomento brevemente accennato, occorre partire dai rilevanti presupposti per cui: a) l'interesse legittimo è una posizione sostanziale direttamente tutelata dall'ordinamento giuridico; b) il bene della vita è predominante nella struttura dell'interesse legittimo; c) la protezione dell'interesse legittimo si emancipa sino alla tutela dichiarativa e di condanna; d) il giudizio amministrativo non è più soltanto un giudizio sull'atto, bensì un giudizio sul rapporto;⁸³ e) la tutela dinanzi al giudice amministrativo è concessa anche per le azioni atipiche.⁸⁴

Orbene, la prima versione del codice del processo amministrativo, approvata dal Consiglio di Stato l'8 febbraio 2010, aveva provveduto

naturalmente, all'azione di risarcimento del danno derivante dall'inadempimento stesso. In tal senso vedi anche F.G. Scoca, *"Gli accordi"*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 411 *ess.*

⁸³ Sul punto vedi F.G. Scoca, *opp. cit.*

⁸⁴ In proposito, sarà sufficiente ricordare la giurisprudenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 15/2001 sull'azione atipica di accertamento.

ad implementare lo spettro delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo assicurando, in tal modo, all'interesse legittimo la pienezza della tutela.⁸⁵ Più specificamente, il disegno di legge prevedeva accanto all'azione di annullamento anche quella di risarcimento in forma specifica, di nullità, di accertamento-condanna in tema di silenzio.

Dalla centralità del bene della vita e dell'interesse ad ottenerlo, come visto poc'anzi, è derivato, da un lato, che tutte le azioni atipiche necessarie alla soddisfazione di esigenze di protezione che le tutele regolate non sono in grado di garantire sono oggi esperibili; dall'altro, che anche le azioni tipiche presentano, tutto sommato, dei tratti di atipicità.

In più, viene superato l'antico dogma della pregiudiziale per cui l'azione risarcitoria doveva essere subordinata a quella di annullamento: si approda ad un sistema più duttile in cui una pronuncia di mero accertamento può aprire direttamente la strada alla tutela risarcitoria senza passare per l'inutile via dell'annullamento dell'atto lesivo. Assume rilievo, da qui, anche il secondo comma dell'art. 21 octies grazie al quale si evita l'annullamento se il vizio di legittimità non abbia influito sul contenuto dispositivo dell'atto.

⁸⁵ Il legislatore aveva già in quella sede inteso positivizzare "le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa (art. 44, comma 2, n. 4 della l. n. 69/09)

L'estensione del giudizio amministrativo alle azioni atipiche ha reso più agevole l'ingresso dell'art. 30 del Dlgs. n. 104/2010 a proposito della esperibilità dell'azione di condanna.

A tale riguardo, appare decisiva la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011 che ha sdoganato, in via generale, l'azione di condanna da proporsi dinanzi al G.A. al fine di ottenere il riconoscimento del bene della vita ingiustamente negatogli. In altre parole, il codice del nuovo processo amministrativo ha introdotto l'azione cd. di esatto adempimento.⁸⁶

La portata generale del principio così enucleato, si desume anche dall'art. 34 del codice del nuovo processo che al comma 1 lett. c) che consente al G.A. di adottare misure idonee a soddisfare la situazione giuridica dedotta in giudizio. Del resto, con riferimento agli interessi pretensivi, non può negarsi che la sentenza di condanna all'adozione del provvedimento negato è l'unica in grado di soddisfare effettivamente, e sostanzialmente, la situazione soggettiva.⁸⁷

⁸⁶ Ad una simile conclusione, il Collegio giunge anche tramite l'applicazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale; dall'interpretazione della portata espansiva delle specifiche ipotesi previste dall'art. 31. Comma 3 del codice in materia di silenzio; dall'art. 124 in materia di contratti pubblici; oltre che dall'art. 4 del Dlgs. n. 198/2009 in materia di azione collettiva di classe; ma soprattutto dalla dizione ampia dell'art. 30 comma 1 del codice (*L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma*) che non tipizza i contenuti delle pronunce di condanna e non le limita ai soli casi privatistici di risarcimento del danno e della lesione di diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva.

⁸⁷ Art. 34, comma 1, lett. c), Dlgs. n. 104/2010: *In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda:.....condanna al pagamento di una somma*

L'azione di esatto adempimento conosce, però, due limiti importanti: il primo, riguarda le residuali ipotesi in cui si riscontri l'esercizio di un potere discrezionale da parte dell'amministrazione, ovvero siano necessarie attività istruttorie riservate alla p.a.; il secondo attiene, invece, alla considerazione, tutta processuale, per la quale l'azione di condanna deve accompagnarsi necessariamente ad altra azione di cui rappresenti il completamento nell'ambito dello stesso processo. A tale ultimo proposito, è appena il caso di sottolineare che l'art. 30, comma 1, stabilisce che, salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione in maniera da dare luogo ad un "processo simultaneo" che obbedisca ai principi di concentrazione processuale ed economia dei mezzi giuridici.

Pertanto, l'azione di condanna potrà essere utilmente esperita solo se accompagnata a quella di annullamento del provvedimento negativo. Tuttavia, nei casi in cui manchi il provvedimento negativo da impugnare, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo.⁸⁸ Si approda a tale risultato, peraltro, anche in virtù dei criteri di delega enucleabili dall'art. 44 l. n. 69/2009 che incoraggiano la pratica dell'azione di

di danaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c."

⁸⁸ Sul punto, vedi Ad. Plen. Cons. Stato n. 15/2011 cit.

accertamento atipica ove questa sia sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c..

Quanto, invece, alle ipotesi di giurisdizione esclusiva, il potere del privato di ottenere una sentenza dichiarativa del rapporto intercorrente con l'amministrazione sembra ormai pacifico.⁸⁹

Ciò che semmai è oggetto di qualche dubbio, è la possibilità di ricorrere al giudizio di ottemperanza per l'inadempimento delle obbligazioni concernenti prestazioni meramente materiali: la giurisprudenza ha talvolta affermato che tale giudizio può essere esperito solo nel caso in cui l'esecuzione del giudicato richieda un'attività di natura provvedimentale.⁹⁰

Dunque, sembrava, almeno fino a poco tempo fa, potersi scartare l'idea che per l'esecuzione degli accordi potesse esperirsi il giudizio di ottemperanza in quanto questi erano frutto di una manifestazione di volontà privatistica rientrante nella categoria dell'autonomia negoziale della p.a..

Con l'introduzione dell'obbligo di motivazione all'art. 11, comma 2 di cui si è detto in precedenza, pare possa concepirsi il ricorso

⁸⁹ Sull'essere l'accertamento del rapporto giuridico tra amministrazione e privato l'oggetto della giurisdizione amministrativa sui diritti, nonché sulla generale proponibilità dell'azione di accertamento nell'ambito di tale giurisdizione, è principio pressoché pacifico per Nigro, opp. citt.; V. Domenichelli, *“Le azioni proponibili nel processo amministrativo”*, p. 543 e ss. in Mazzarolli, Pericu, Scoca, Romano, Roversi Monaco, cit..

⁹⁰ Cassazione Civ. Sezioni Unite, 3 febbraio 1988, n. 1074, in Foro It. 1989, I, p. 853; 14 febbraio 1987, n. 1609, in Foro It., 1987, I, p. 2149 e in Dir. Proc. Amm., 1988, p. 446 con nota di L. Formentin *“Limiti veri e presunti del giudizio di ottemperanza nei confronti delle sentenze di condanna pecuniaria contro la p.a.”*.

all'ottemperanza vista la natura chiaramente provvedimentale dell'accordo anche in sede di esecuzione del medesimo. Si analizzeranno più avanti le conseguenze, con specifico riferimento alle convenzioni urbanistiche, del rilievo appena svolto.

Benvero, in un'epoca precedente alla legge anticorruzione del 2012 e all'entrata in vigore del Dlgs. n. 104/2010, si giungeva alla paradossale (quanto inaccettabile) conclusione per cui il contraente privato, titolare del diritto all'esecuzione da parte dell'amministrazione di determinate prestazioni di carattere materiale, non potesse in alcun modo conseguire l'effettiva soddisfazione del medesimo stante l'impossibilità ad esperire sia le ordinarie misure esecutive (che presuppongono quella sentenza di condanna all'adempimento introdotta solo col codice del nuovo processo), sia il giudizio di ottemperanza.

La situazione sopra descritta era davvero intollerabile e contraria alle garanzie offerte dai principi costituzionali e comunitari.⁹¹

Sicchè, dal quadro normativo suesposto, si ricava la ragionevole certezza che l'orientamento espresso dal legislatore negli anni sia improntato all'efficacia della tutela del contraente privato che addivenga alla stipulazione di accordi con l'amministrazione.

⁹¹ In tal senso si è espresso anche Bruti Liberati, op. cit., p. 157, che sostiene che *“nel nostro sistema sembra difficile proporre in via interpretativa soluzioni più soddisfacenti: per rendere veramente efficace la protezione dei diritti in discorso occorrerebbe, in realtà, un intervento del legislatore inteso ad introdurre nel nostro ordinamento- analogamente a quanto previsto in quello tedesco- un'azione generale o specifica di adempimento”*.

- 5.1. La forza vincolante degli accordi.

L'orientamento espresso dal legislatore negli ultimi anni tramite l'introduzione dell'azione di condanna, da un lato, e l'obbligo di motivazione degli accordi, dall'altro, suggerisce una riflessione anche riguardo alla forza vincolante di questi ultimi.

Se si parte dal presupposto per cui sull'applicabilità della logica consensualistica erano scettici in molti, si osserva che nel sistema del cd. contratto di diritto pubblico questo appare dotato di effettiva efficacia vincolante per entrambe le parti del rapporto.⁹² Restava ferma, pertanto, l'idea che fosse utile un istituto, quello del contratto di diritto pubblico per l'appunto, che unisse elementi propri del diritto pubblico con quelli propri del diritto privato formando una figura a metà tra il negozio e il provvedimento.

Tuttavia, i vincoli che dal contratto si riteneva che nascessero a carico dell'amministrazione erano per lo più riconducibili a limiti al potere

⁹² U.Forti, *"Natura giuridica delle concessioni amministrative"*, in *Giur. It.*, 1900, IV, p. 369 per il quale *"troppo assurdo e strano sarebbe il credere che il contratto portasse necessariamente dietro di sé nel campo del diritto pubblico tutte quelle norme da cui è regolato nel diritto privato.....Questa forma speciale di contratto ha più che altro uno scopo sistematico"*. In tal senso anche M. Gallo, *"I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo"*, Padova, 1936 secondo cui *"la struttura e la disciplina del contratto di diritto pubblico risultano comunque, per l'efficacia decisiva dell'elemento della causa, non diverse dalla struttura e dalla disciplina degli altri negozi iure publico. L'efficacia dell'elemento della causa quale appunto va inteso negli atti giuridici negoziali di diritto pubblico è, in altri termini, talmente preminente ed assorbente da rendere irrilevante una concettuale distinzione tra negozi unilaterali e negozi bilaterali, distinzione chenon*

discrezionale dell'amministrazione che non a delle vere e proprie obbligazioni. Solo con l'elaborazione, in dottrina, della figura del contratto di diritto pubblico si è affermata l'efficacia vincolante degli accordi per le parti del rapporto. In particolare, il fondamento della vincolatività degli accordi viene rintracciato nell'assioma del "pacta sunt servanda" dell'art. 1372 c.c. per cui " *il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*".

Certamente, anche di tale norma va valutata la compatibilità effettiva alle esigenze del pubblico interesse.

In verità, condizione essenziale per il riconoscimento dell'efficacia vincolante degli accordi è che vi siano: a) l'incontro di due volontà omogenee; b) un oggetto di natura patrimoniale. Sicché, il particolare regime cui è sottoposta l'attività delle parti (sia essa di autonomia privata o di discrezionalità amministrativa) non incide sugli elementi summenzionati, né quindi sul carattere contrattuale del rapporto (incidendo, com'è agevole intuire sul regime applicabile al rapporto e alla sua configurabilità come privatistico o pubblicistico).

Non necessariamente, dunque, il contratto è espressione di autonomia negoziale delle parti: il meccanismo giuridico che lo contraddistingue, infatti, può ben essere utilizzato per il perseguimento di interessi pubblici.

potrà essere intesache in un significato terminologico meramente formale e

- 6. La giurisdizione sugli accordi: cenni.

Col codice del nuovo processo amministrativo, è stato abrogato il comma 5 dell'art. 11, l. n. 241/1990 che recitava: "Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". Il medesimo codice di cui al Dlgs. n. 104/2010 ha, poi, introdotto all'art. 7 la disposizione per la quale *"Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni"*.

Sulla pienezza della giurisdizione in parola, molti dubbi sono stati avanzati nel tempo;⁹³ la necessità del collegamento delle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa e l'esercizio del potere autoritativo pone problemi rilevanti con riguardo, specificamente, ai limiti della cognizione del G.A. in ordine ai comportamenti della p.a..

quindi convenzionale".

⁹³ M. Nigro, "Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo", in Foro Amm., 1981, II, p. 2140 e ss.

Si rende necessario, infatti, distinguere tra i comportamenti esecutivi di atti e provvedimenti amministrativi che siano riconducibili all'esercizio, seppure illegittimo, del pubblico potere e quindi conoscibili dal G.A. in sede di giurisdizione esclusiva; e quelli posti in essere in carenza di potere, ovvero in via di mero fatto, che non siano in alcun modo riconducibili all'esercizio del pubblico potere e quindi riservati al giudice ordinario (meri comportamenti).⁹⁴

L'art. 7, comma 4, attribuisce, peraltro, al giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità, le controversie relative al risarcimento del danno per lesioni di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma. Analogamente, il comma 5 dispone che nelle materie di giurisdizione esclusiva il G.A. conosce delle controversie in cui si faccia questione di diritti soggettivi, anche ai fini risarcitori.⁹⁵

⁹⁴ La Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 204/2004, accogliendo le sollevate censure di costituzionalità dell'art. 34, comma 1 del Dlgs. n. 80/98 nella parte in cui afferma che sono devolute al G.A. in via esclusiva "tutte le controversie in materia di servizi pubblici", comprendendo, dunque, non solo gli atti e i provvedimenti, ma anche i comportamenti, nega che la giurisdizione del G.A. possa essere estesa a controversie nelle quali la p.a. si avvalga di adottare strumenti privatistici e non eserciti, pertanto, alcun potere pubblicistico. Si desume che le materie che possono essere devolute alla giurisdizione esclusiva devono essere particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione di legittimità: e cioè devono essere contrassegnate dalla circostanza per la quale la p.a. agisce come autorità nei confronti della quale è accordata la tutela al cittadino di fronte al giudice amministrativo.

⁹⁵ In particolare, la surrichiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 ha osservato che "il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto nessun profilo una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio da utilizzare per rendere

Alla luce del comma 7 dell'art. 7, il principio di effettività della tutela giurisdizionale è realizzato attraverso la concentrazione di ogni forma di tutela, per l'appunto, degli interessi legittimi e, in particolari materie, dei diritti soggettivi; ivi compresa quella risarcitoria.

A questo punto, non può che rinviarsi all'art. 30 poc'anzi commentato, al fine di tratteggiare i particolari caratteri dell'azione risarcitoria proponibile davanti al G.A.. Anzitutto, viene in rilievo, sotto il profilo della tutela risarcitoria, la parificazione dell'interesse legittimo col diritto soggettivo.

Il titolare della pretesa al bene della vita potrà scegliere, infatti, la tutela annullatoria o quella risarcitoria sulla base della migliore garanzia alla soddisfazione del suo interesse.⁹⁶ Sicché, l'autonomia della domanda risarcitoria rispetto a quella demolitoria, con particolare riferimento agli interessi oppositivi, viene fatta discendere direttamente dalla valutazione incidentale circa la legittimità del provvedimento; mentre, per gli interessi pretensivi non sarebbe sufficiente la valutazione della legittimità, risultando altresì necessaria una verifica sulla spettanza del bene finale.⁹⁷

La differenza di trattamento tra interessi oppositivi ed interessi pretensivi ha fatto comunque auspicare che la caduta della

giustizia al cittadino nei confronti della p.a.". Inoltre, tale devoluzione non costituisce null'altro che l'attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost..

⁹⁶ A. Cerreto, *"Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte"*, in www.giustizia-amministrativa.it

pregiudiziale amministrativa potesse suggerire l'opportunità di un giudizio di spettanza anche con riferimento agli interessi oppositivi.⁹⁸ Ad ogni modo, l'intima compenetrazione tra pubblico e privato rende opportuna l'attribuzione della giurisdizione ad un solo giudice *ratione materiae*.⁹⁹

Sulla giurisdizione esclusiva, la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 poc'anzi citata afferma che “deve escludersi che dalla Costituzione non si desumano i confini entro i quali il legislatore ordinario, esercitando il potere discrezionale suo proprio.....deve contenere i suoi interventi volti a ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici”; e ciò, anche in ossequio al principio dell'unicità della giurisdizione espresso dall'art. 102 Cost.. Con la sentenza n. 204 si ritorna all'idea che il fondamento costituzionale della giurisdizione esclusiva risieda principalmente nell'esigenza di sciogliere il nodo di interessi e diritti che caratterizza alcuni rapporti della pubblica amministrazione.

⁹⁷ A. Romano Tassone, “Sulle vicende del concetto di merito”, in *Dir. Amm.* 3/2008, p. 517

⁹⁸ A. Romano Tassone, “Giudice amministrativo e risarcimento del danno”, in www.giusitza-amministrativa.it

CAPITOLO III
LA PROGRAMMAZIONE NEGOZIATA DEL TERRITORIO:
LE CONVENZIONI DI LOTTIZZAZIONE

SOMMARIO: - 1. La programmazione negoziata: nozione di concertazione. – 2. Le convenzioni urbanistiche come contratti. – 3. Le convenzioni di lottizzazione e l'art. 11, l. n. 241/1990; il consenso quale legittimazione del potere. – 3.1. Il recesso dalla convenzione urbanistica. – 3.2. La tutela del lottizzante: l'indennizzo. – 3.3. Inadempimento degli obblighi dell'amministrazione: il diniego della concessione (atto vincolato o no?) – 3.4. Il risarcimento del danno e l'esecuzione in forma specifica: riflessioni e problemi aperti. – 3.5. La competenza legislativa concorrente e i tentativi di riforma urbanistica. – 4. Un caso concreto: la gestione "consensuale" del territorio in Campania. – 4.1. La fuga degli investitori da Bagnoli e le scelte principali per Coroglio: spunti critici. – 5. Conclusioni.

- 1. La programmazione negoziata: nozione di concertazione.

La programmazione rappresenta, intuitivamente, una delle modalità attraverso cui si esprime la funzione pubblica con riguardo, in particolare, al governo del territorio. L'azione dei pubblici poteri, in altri termini, deve manifestarsi attraverso un programma che sia razionale e coerente, non certo episodico ed estemporaneo.

⁹⁹ F. Saitta, *"Tanto tuonò che piovve: riflessione (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004"*, in Lexitalia.it n. 7-8/2004

Sicché, la programmazione si configura sia come metodo di approccio dell'azione amministrativa, sia, talvolta, come obiettivo della medesima.¹⁰⁰

Nella prospettiva appena enunciata, dunque, la programmazione si afferma come un modello di impostazione delle attività economiche secondo i valori canonizzati dall'art. 41 Cost..¹⁰¹

Ci si riferisce, più specificamente, al ruolo dello Stato che interviene direttamente sul mercato tramite l'esplicazione dei pubblici poteri che, in qualche maniera, vincola il potere discrezionale dei medesimi (in poche parole si auto vincola) e conforma preventivamente l'attività dei privati alla programmazione nei settori preselezionati.

Anche l'evoluzione storica del concetto di programmazione, analogamente a quanto accaduto nell'evoluzione storica della dicotomia autorità-consenso, ha conosciuto fasi molto diverse nel tempo.

In origine, infatti, si soleva dare alla programmazione la connotazione di procedimento autoritativo e vincolante per i privati. Successivamente, visto anche il coinvolgimento di una pluralità di soggetti pubblici intorno al perseguimento di un piano, si fece strada l'idea che la programmazione dovesse rispondere al concetto di "negoziato" tra più soggetti pubblici.

¹⁰⁰ R. Ferrara, *"La programmazione negoziata fra pubblico e privato"*, in Dir. Amm. 3-4/1999, p. 429 e ss.

¹⁰¹ A. Predieri, *"Pianificazione e Costituzione"*, Milano, 1963 e G. Ruffolo, *"Rapporto sulla programmazione"*, Bari, 1973

Ebbene, la crisi del concetto di programmazione come espressione di un potere pubblicistico autoritativo e vincolante si spiega anche con la dequotazione del potere pubblico che, se per un verso (quello della surrichiamata contrapposizione dell'autorità al consenso) ha agevolato l'introduzione nell'ordinamento di forme di contrattazione a matrice privatistica anche in ambiti considerati come vere e proprie roccaforti del potere pubblicistico, per altro verso ha sollecitato l'(auspicato)ampliamento del fenomeno delle programmazioni tra enti pubblici improntate alla solidarietà nell'adoperare risorse economiche, mezzi, strumenti e competenze di più enti per il perseguimento di obiettivi comuni.

Da qui, trae origine il concetto di concertazione: la frammentazione delle risorse, infatti, non consente l'opportuna razionalizzazione dell'attività di programmazione, indispensabile per lo sviluppo razionale del territorio. Concertazione è, quindi, sinonimo di programmazione "negoziata"; in quest'ottica, il momento autoritativo appare del tutto residuale, se non addirittura recessivo.

In prima battuta, la programmazione negoziata appare come un "affare" riservato esclusivamente alle pubbliche amministrazioni.¹⁰²

Soltanto in un secondo momento, il concetto in parola si apre alle imprese private di settore rendendo disponibile anche alla società civile la partecipazione al governo del territorio dei cittadini che vi risiedono.

¹⁰² Sul punto, vedi R. Ferrara, op. cit., p. 436

Una simile innovazione ha comportato non pochi problemi interpretativi e applicativi. Se, da un lato, infatti la programmazione ha sempre richiesto l'autolimitazione da parte dell'amministrazione all'esercizio del proprio potere discrezionale in favore dell'apertura a procedure pattizie e consensuali, ci si è domandato, d'altro canto, come porre concretamente quei limiti a fronte di una nuova visione del mondo.

All'inizio si è propeso per una negoziabilità simile a quella prevista per la programmazione concertata tra soggetti pubblici.¹⁰³

Si pensi, a tale proposito, ai cd. "piani di ampliamento di iniziativa privata", veri e propri strumenti di determinazione "convenzionale" della pianificazione, concordati tra l'amministrazione ed i privati interessati.¹⁰⁴

In proposito, non può sfuggire che la programmazione (sia tra soggetti pubblici, sia tra questi e i soggetti privati) è sempre scandita nelle fasi e nei riti di un procedimento amministrativo alle cui regole è certamente destinata a soggiacere. Anche nella sua espressione più eminentemente consensuale, dunque, il procedimento non può

¹⁰³ Sempre R. Ferrara parla, a tal proposito, di protocolli d'intesa che, ove non abbiano una sicura base di legittimazione in una disposizione di legge specifica, possono rinvenirla, talvolta, anche in atti diversi dalla legge formale. In ogni caso, allorquando i protocolli d'intesa siano stipulati soltanto tra soggetti pubblici, si tratterà di un potere negoziale esercitato in virtù dell'art. 15 della l. n. 241/90.

¹⁰⁴ S. Civitarese Matteucci e P. Urbani, (a cura di), *"Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionale"*, Torino, 1995, p. 50.

essere che la sede della programmazione negoziata in cui si assumono decisioni in vista degli obiettivi prefissati.¹⁰⁵

Anche dopo l'approvazione della legge n. 1150/1942, gli accordi con i privati per la lottizzazione di ampie zone del territorio comunale rappresentavano uno degli strumenti più utilizzati e più importanti di trasformazione del territorio, fino a trovare compiuta disciplina nell'art. 8 della legge n. 765/1967 (cd. legge ponte).

Seppure con le summenzionate difficoltà di inquadramento teorico (che peraltro si approfondiranno di qui a poco), le convenzioni di lottizzazione rappresentano il prototipo di una serie di modelli convenzionali che hanno trovato grande successo nella legislazione successiva.

Si pensi alle convenzioni nell'edilizia residenziale pubblica ed alle convenzioni nei piani per gli insediamenti produttivi di cui alla legge n. 865/1971; alle convenzioni per la realizzazione dei piani di zona edilizia economico-popolare di cui alla legge n. 167 del 18.4.1962; alla cd. legge "Bucalossi" (l. 28.1.1977, n. 10) con cui si sono disciplinati gli interventi di edilizia abitativa convenzionati con i Comuni secondo una convenzione-tipo approvata dalla Regione; e ancora, alle

¹⁰⁵ G. Morbidelli, in AA.VV. *"Diritto amministrativo"*, Bologna, 1998, vol. II, p. 1187 e ss.. L'Autore osserva, in particolare, che la rete di garanzie procedurali si applica sia ai rapporti tra pubbliche amministrazioni sia a quelli che si svolgono tra amministrazioni e privati, con forme magari differenziate ma pur sempre efficaci. D'altronde, il tema dell'amministrazione consensuale è sempre stato ampiamente dibattuto, come visto in precedenza. A tale proposito, infatti, si richiama tutta la bibliografia fino a qui citata con riferimento specifico al dibattito in esame: v.

convenzioni per il recupero del patrimonio edilizio esistente di cui alla legge n. 457/1978; a quelle per la realizzazione dei parcheggi di cui alla l. n. 122/1989. Altresì, alla legge n. 47 del 1985, meglio nota come legge sul condono edilizio, che ha previsto forme di convenzionamento tra Comune e privati per il recupero di insediamenti abusivi esistenti alla data del 1° ottobre 1983; in ultimo, il modello convenzionale è stato impiegato dal legislatore anche nell'art. 18 del T.U. dell'edilizia di cui al DPR n. 380/2001 laddove si è disciplinata la materia della convenzione-tipo, approvata dalla Regione, con la quale, ai fini della concessione relativa agli interventi di edilizia abitativa, sono stabiliti i criteri ai quali devono uniformarsi le convenzioni comunali.

Si considerano, dunque, modelli di concertazione amministrativa: a) la programmazione negoziata; b) l'intesa istituzionale di programma; c) l'accordo di programma quadro; c) il patto territoriale; d) il contratto di programma; e) il contratto di area. Tanto sembra ricavarsi dalla norma originaria (e generatrice di tutte le successive) che disciplina in forma sufficientemente esaustiva i modelli della concertazione e della programmazione. Si tratta della l. 23 dicembre 1996, n. 662, art. 2 comma 203, cd. legge omnibus che codifica il consenso come perno centrale di ogni possibile riforma amministrativa contribuendo a rendere organica e sistematica la disciplina della programmazione negoziata.

Fracchia, Bruti Liberati, Civitaresse Matteucci, Scoca, Cerulli Irelli, Immordino,

Lungi dall'esaminare le singole figure di programmazione negoziata (anche perché estranee all'oggetto specifico di questo lavoro), si può ben affermare, al termine delle considerazioni di carattere storico-evolutive fin qui svolte, che l'unica conclusione possibile consiste unicamente nella necessità che pubblica amministrazione e imprese private seguano percorsi comuni nell'ottica di un dialogo aperto.

Renna, Greco e altri.

- 2. Le convenzioni urbanistiche come contratti.

Le convenzioni urbanistiche nascono come contratti la cui diffusione, progressivamente sempre più ampia, va ricondotta probabilmente al crescente fenomeno della speculazione edilizia: l'interesse all'urbanizzazione di aree agrarie si giustifica, infatti, alla luce di un ragionevole aumento di valore delle aree edificabili.

La maturazione di una coscienza urbanistica ha, in altri termini, la conseguenza di un progressivo interesse alla contrattazione urbanistica. Accanto ai piani regolatori, le convenzioni diventano lo strumento prediletto per l'organizzazione urbanistica dei territori.

Il privato si impegna a realizzare determinati impianti perché questi sono destinati ad assecondare gli interessi non solo degli abitanti dei nuclei edilizi di nuova costruzione, ma soprattutto della collettività di cui l'amministrazione rappresenta gli interessi.

Particolarmente aspri, in passato, erano i poteri di controllo che i comuni si attribuivano: verifiche, ispezioni e, se del caso, sanzioni a carico del privato che non avesse rispettato i modi e i tempi di attuazione della convenzione.

Grande spazio, all'epoca, hanno trovato le convenzioni accessive a provvedimenti amministrativi in cui il privato agisce non in quanto proprietario delle aree da urbanizzare, bensì in quanto imprenditore. E il caso di maggior rilievo è stato certamente quello di Napoli il cui risanamento era affidato sia a leggi speciali che approvavano di volta

in volta piani aventi valore di dichiarazione di pubblica utilità; sia a concessionari cui veniva attribuito il potere di realizzare concretamente il piano di risanamento.¹⁰⁶

Il provvedimento concessorio era, almeno in quel preciso momento storico, un modo per consentire al privato di agire in nome e per conto dell'amministrazione, e non come proprietario titolare di autonomia privata. Siamo nel periodo della cd. "grande crisi" che ha paralizzato l'economia del paese richiedendo all'amministrazione di favorire il più possibile l'ingresso dello strumento privatistico nella programmazione del territorio.

Sono, altresì, i tempi dell'annoso dibattito sulla figura del contratto di diritto pubblico e sulla sua natura giuridica: le convenzioni urbanistiche, che hanno l'aspetto tipicamente contrattuale nella forma ma hanno pur sempre ad oggetto la programmazione del territorio, sono difficilmente qualificabili in un panorama già di per sé piuttosto confuso.¹⁰⁷

Le convenzioni urbanistiche sono rimaste, quindi, per molti anni ai margini del diritto amministrativo in un limbo che non ne ha permesso una collocazione sistematica nel nostro ordinamento.¹⁰⁸

¹⁰⁶ M. Costantino, *"Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati"*, (a cura di), Milano, 1995, p. 73 e ss..

¹⁰⁷ Mazzei, *"Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi. Nozioni storiche"*, in M. Costantino (a cura di), op. cit.. Per la ricostruzione storica vedi anche Candian e Gambaro, *"Le convenzioni urbanistiche"*, Milano, 1992, p. 12 e ss.

¹⁰⁸ L'interesse della dottrina nei confronti degli accordi lottizzatori, benvero, si era già manifestato alla fine degli anni '60 con il riconoscimento normativo della

- 3. Le convenzioni di lottizzazione e l'art. 11, l. n. 241/1990; il consenso quale legittimazione del potere.

Solo negli ultimi vent'anni, le convenzioni urbanistiche sono uscite dall'ombra guadagnandosi un posto di pieno rispetto nel panorama degli accordi tra pubblica amministrazione e privati. Tuttavia, resistono ancora una serie di perplessità circa il loro inquadramento giuridico oscillante tra potere amministrativo discrezionale e potere contrattuale.

Ciò che si può affermare con ragionevole grado di certezza è che le convenzioni urbanistiche rappresentano un momento del procedimento di lottizzazione nel quale il privato assume una serie di obblighi afferenti l'urbanizzazione primaria e secondaria del territorio di riferimento in cui dovrà sorgere il nuovo insediamento.¹⁰⁹

Le perplessità anzidette riguardano, per lo più, la qualificazione giuridica delle convenzioni urbanistiche sulla scia dei dubbi che hanno del resto circondato l'intera elaborazione della figura del contratto di diritto pubblico.

figura: Guicciardi, *"I piani di lottizzazione dalla legge del 1942 alla legge del 1967"*, in Riv. Giurid. Ed. 1969, II, p. 255 e ss.; Mazzaroli, *"Il piano di lottizzazione e i poteri del comune"*, in Riv. Giurid. Ed. 1969, II, p. 145 e ss..

¹⁰⁹ A. Candian e A. Gambaro, *"Le convenzioni urbanistiche"*, Milano 1992, p. 137

Basterà ricordare, in proposito, le obiezioni di Guicciardi circa l'impossibilità di considerare diversamente – e cioè in un'ottica contrattualistica- le ragioni delle due parti privata e pubblica.¹¹⁰

O ancora, la tesi di Virga sull'impossibilità giuridica di una combinazione consensuale di un potere amministrativo con un potere negoziale; ed infine, la riflessione di Giannini sulla inammissibilità di una figura intermedia tra il negozio e il provvedimento, stante anche la sua riconosciuta inutilità.¹¹¹

Al dibattito contribuisce in maniera decisiva anche il lavoro di Ledda che giunge alla conclusione secondo la quale il contratto di diritto pubblico non può esistere in quanto il contratto è mera espressione della autonomia (intesa come libertà) negoziale delle parti. Dunque, non può esistere una pubblica amministrazione che agisca esclusivamente secondo l'orientamento appena riferito.¹¹²

I richiami dottrinali appena esposti, e i riferimenti al dibattito di cui si è dato ampio risalto nel primo capitolo, sono utili a fornire un'idea più chiara delle difficoltà che, in via pratica più che teorica, si sono fraposte all'individuazione di una disciplina di settore organica in

¹¹⁰ Guicciardi, *"I piani di lottizzazione dalla legge 1942 alla legge del 1967"*, in Riv. Giur. Ed. 1969, II, p. 255 e ss..

¹¹¹ Giannini, op. cit., p. 61

¹¹² F. Ledda, *"Il problema del contratto nel diritto amministrativo"*, Torino, 1965, p. 280. L'Autore fornisce anche la controprova alla sua argomentazione per sostenerne l'efficacia: se si volesse ragionare diversamente, infatti, la sostanziale diversità del potere esercitato dalle due parti escluderebbe necessariamente l'identità del vincolo in cui si esprime il riconoscimento giuridico del patto. Ne sarebbe minata la stabilità del medesimo, come peraltro ampiamente discusso nel primo capitolo.

tema di convezioni lottizzatorie. A ben vedere, i problemi appaiono, ad oggi, tutt'altro che risolti anche alla luce delle modifiche introdotte dalla legge anticorruzione del 2012 e dei rilievi espunti dal Codice del nuovo processo amministrativo del 2010.

- 3.1. Il recesso dalla convenzione urbanistica.

Per spiegare in qualche modo i fenomeni di urbanizzazione di cui si discute, la dottrina ha inteso preliminarmente effettuare una ripartizione concettuale tra autoritatività e imperatività relegando il primo a mera caratteristica del potere e, viceversa, il secondo a caratteristica del provvedimento.¹¹³

Tuttavia, l'imperatività non è caratteristica di provvedimenti amministrativi quali, ad esempio, le autorizzazioni e le concessioni, in ragione della incapacità di queste di incidere autoritativamente sulle situazioni giuridiche di terzi a prescindere dalla loro formale adesione.¹¹⁴

Se, dunque, ammettiamo l'esistenza di un potere amministrativo che si eserciti senza le regole della imperatività ammettiamo anche la possibilità che i provvedimenti in tal modo nati siano collegati -per

¹¹³ O. Ranelletti, "Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative", in Giur. It., 1894, p. 62. In particolare, l'Autore da seguito ad una serie di riflessioni circa la reale nozione di imperatività quale caratteristica del provvedimento partendo dallo spunto per cui l'attività statale è spesso di sostegno alle imprese tramite le cd. sovvenzioni. La prima autorevole voce in tal senso, fu certamente quella di V. Spagnuolo Vigorita che parlò di una autorità minore o riflessa, ma certo non di autoritatività (in *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico ai privati*, Napoli, 1964, p. 22). Lo Stato finanziatore può essere, insomma, unilaterale ma non imperativo. Nella prospettiva appena enunciata, dunque, anche le concessioni e le autorizzazioni sono provvedimenti amministrativi sforniti della caratteristica dell'imperatività, e cioè non incidono sulle libertà degli altri.

¹¹⁴ G. Falcon, "Le convenzioni pubblicistiche, ammissibilità e caratteri", Milano 1984, p. 235

essere validi- anziché all'autoritatività, ad altri atti di esercizio di un potere diverso dando origine ad atti bilaterali.

Ci si chiede, dunque, se la diversità delle volontà (soddisfacimento dell'interesse pubblico, da un lato; soddisfacimento dell'interesse privato, dall'altro) comporti sempre l'impossibilità per queste di convergere in un unico rapporto pattizio.¹¹⁵

Sebbene non vada in nessun caso confusa la discrezionalità amministrativa (presupposto del provvedimento) con la libertà assoluta di autodeterminazione, bisogna però ammettere che esistono numerose ipotesi in cui l'interesse pubblico può essere meglio perseguito tramite l'ausilio delle parti private. In tal senso, la via più semplice sembra quella di fissare in comune un programma complessivo tale da realizzare il migliore soddisfacimento degli interessi pubblici quale è reso possibile da un contemporaneo, accettabile soddisfacimento degli interessi privati nell'assunzione di un reciproco impegno.¹¹⁶

Nasce qui la disputa circa la vincolatività di tale impegno per l'amministrazione e per i privati.

L'atto con cui l'amministrazione si impegna all'adesione alla convenzione è amministrativo e, quindi, frutto dell'esercizio del potere discrezionale e sottoposto al regime dell'annullamento per illegittimità; gli effetti vincolanti per le parti vengono ad esistenza,

¹¹⁵ In tal senso ragiona Falcon nell'op. cit. che ammette la fusione delle diverse volontà, negoziale e pubblica, nel medesimo schema pattizio.

¹¹⁶ Così, G. Falcon, op. cit.

invece, col concorso paritario della volontà del privato. Questo schema funge chiaramente da meccanismo di garanzia dell'interesse pubblico e, spesso, anche dei terzi al rapporto bilaterale.

Nulla quaestio, sicchè, per ciò che concerne la facoltà dell'amministrazione di recedere in via unilaterale dall'atto accessivo alla convenzione qualora sopravvenute esigenze di interesse pubblico lo richiedano.

Ciò che invece genera qualche dubbio è l'eventuale discrezionalità riservata all'amministrazione con riguardo al rilascio di tali atti. Come a dire: il lottizzante può chiedere il risarcimento del danno in caso di illegittimo diniego della concessione?

La giurisprudenza sembra aver dato un contributo rilevante alla questione in maniera pressoché conforme ai pareri resi dalla dottrina: gli accordi lottizzatori sono contratti di diritto pubblico.¹¹⁷

In tal senso, vengono stipulati dalle amministrazioni (generalmente comunali) nell'esplicazione della potestà pubblicistica ad esse attribuita dalla legge per la pianificazione dell'attività urbanistica e

¹¹⁷ Sull'argomento, rileva la sentenza della Corte di Cassazione, S.U., 9.04.1975, n. 1283, in Cons. Stato, 1975, II, p. 898, secondo cui "le convenzioni di lottizzazione danno luogo a rapporti di carattere paritetico in cui sono configurabili a vantaggio e a carico delle parti, delle posizioni correlative di diritto soggettivo perfetto e di obbligazione che, paraltro, impropriamente sono stati definiti privatistici. Vedi anche Corte di Cass, S. U., 25.07.1980, n. 4833 in cui si afferma che "la convenzione di lottizzazione non può essere equiparata puramente e semplicemente ad un contratto privato; né la sua disciplina giuridica può essere semplicemente ricondotta alle norme del codice civile in tema di contratti. Ammesso che si voglia parlare di contratto di diritto pubblico non si può comunque negare che trattasi di contratto nel diritto pubblico e cioè inserito nell'ambito pubblicistico che direttamente lo qualifica e lo condiziona.

che, correlativamente, sono soggetti nella fase della loro esecuzione ad una particolare combinazione di diritto privato e diritto pubblico.¹¹⁸

E così, alle convenzioni di lottizzazione vanno applicati i principi normativi di cui all'art. 11 della legge n. 241/90 e non in via analogica, bensì in via diretta.¹¹⁹

La potestà di pianificazione urbanistica è diretta nella misura in cui trova consacrazione nella legge sul procedimento amministrativo. E ciò, diversamente da quanto accadeva per il passato in cui le ipotesi di convenzionamento attenevano solo ed esclusivamente alla fase di attuazione delle scelte già effettuate dalla P.A. negli strumenti urbanistici generali (era vietata l'approvazione del piano di lottizzazione prima dell'approvazione del PRG). Ancorchè strumento consensuale, la convenzione urbanistica assurge a modello ideale di

¹¹⁸ E. Bruti Liberati, op. cit. che ragiona sull'accordo lottizzatorio come modulo convenzionale; così, sostiene l'Autore, l'accordo rileverebbe all'interno del procedimento come mera tecnica organizzatoria di individuazione degli interessi in gioco restando pur sempre il provvedimento, con cui il procedimento si conclude, lo strumento e il fondamento giuridico della correlativa composizione, e non avrebbe nessuna reale autonomia giuridica potendo o essere disatteso dalla P.A., ovvero essere trasfuso in un elemento del provvedimento che resta, come detto, l'unico strumento di regolazione del rapporto. Orbene, l'art. 11 della legge 241/90 sembra dissolvere questa tesi non potendo rinvenirsi nel nostro ordinamento accordi integrativi del contenuto del provvedimento che possano essere disattesi in quanto non dotati di forza vincolante per le parti, compresa l'amministrazione. L'art. 11, infatti, rende applicabili anche agli accordi integrativi le regole in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili lasciando facoltà di recesso unilaterale soltanto per sopravvenute ragioni di interesse pubblico e, comunque, salvo indennizzo per il privato.

¹¹⁹ Sala, "Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento", in Dir.Proc. Amm. 1993, p. 229 e ss.

gestione del territorio in quanto supera le carenze e i limiti del PRG a favore di una plurifunzionalità di interventi.

Rilevante, almeno nel successo del modello in parola, appare non solo il superamento del limite di rigidità di cui si è detto sopra, ma anche il riconoscimento definitivo dell'importanza del ruolo dei privati – e delle loro risorse, s'intende- nel garantire un'effettiva e sollecita attuazione degli interventi previsti.

La natura degli impegni assunti dai privati va ricostruita, nella prospettiva appena enunciata, anche sul presupposto della consolidata qualificazione di dette convenzioni in termini di accordi sostitutivi del provvedimento ad opera della giurisprudenza più costante in materia.¹²⁰

Nella visione precedente alla modifica da ultimo introdotta dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, si trattava senza dubbio di atti negoziali che presupponevano la ricerca da parte dell'amministrazione del consenso del privato su un certo assetto di interessi attribuendogli posizioni di diritto-obbligo.¹²¹

¹²⁰ Così Cass. SS.UU., 15.12.2000, n. 1262; SS.UU., 11.12.2001, n. 15641; SS.UU., 7.02.2002, n. 1763. Sul punto, vedi anche Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 534 secondo cui "è sufficiente al riguardo, ricordare che le convenzioni di lottizzazione costituiscono strumenti di attuazione del piano regolatore generale, rivestono carattere negoziale e, in particolare, di accordi sostitutivi del provvedimento (Cons. Stato IV, 15.09.2003, n. 5152) e che, pertanto, le stesse restano soggette alla disciplina dettata dall'art. 11 della l. n. 241/90.

¹²¹ In tal senso, appare orientata anche la giurisprudenza del **TAR Toscana, Sez. I, 16.09.2009, n. 1446** che sancisce la natura giuridica delle convenzioni lottizzatorie in termini di accordo sostitutivo. Da qui, il Collegio fa discendere l'ovvia conseguenza per la quale per la loro modifica è necessaria la manifestazione di volontà di tutte le parti coinvolte nella loro formazione ivi compresi i soggetti

In seguito all'innovazione anzidetta, non può sfuggire che almeno in termini ontologici la questione si sposta tutta nel senso prospettato in precedenza. L'obbligo di motivazione da ultimo aggiunto al comma 2 dell'art. 11, l. n. 241/90, fa propendere per una visione opposta a quella appena considerata. Seppure nell'ambito di un rapporto costituito di diritti ed obblighi reciproci, l'accordo sostitutivo che debba essere motivato (si tratta di dovere e non facoltà) non si distingue dal provvedimento amministrativo se non per il rinvio alle norme in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Anche tale ultimo rimando appare svuotato di significato alla luce delle considerazioni dianzi svolte.

privati che, pur non essendo proprietari dei lotti incisi nella variante hanno

- 3.2. La tutela del lottizzante: l'indennizzo.

Come appena affermato, l'amministrazione che stipula una convenzione di lottizzazione può venir meno all'impegno assunto in diversi modi: adottando, ad esempio, un nuovo piano regolatore; ovvero disponendo una variante a quello vigente; oppure, ancora, disponendo il recesso unilaterale dall'accordo ove ne ravvisi le condizioni. E tanto, in forza dei suoi generali poteri di autotutela e di revisione degli atti amministrativi in precedenza emanati.

L'amministrazione, però, non può in nessun caso modificare unilateralmente il contenuto della convenzione.

In ogni caso, il potere di risoluzione dell'accordo lottizzatorio incontra limiti importanti come, del resto, accade per tutti i contratti di diritto pubblico. Questi, infatti, sono idonei a garantire la compatibilità con il carattere contrattuale del rapporto, o almeno con ciò che resta di esso alla luce dei risvolti normativi più recenti in tema di obbligatorietà della motivazione degli accordi stessi.

Pertanto, il recesso unilaterale è sottoposto ad una serie di valutazioni che ne rendono l'applicazione concreta assolutamente limitata alle ipotesi "doverose" in cui l'affidamento del privato deve sempre trovare adeguata considerazione e tutela risarcitoria. Ne deriva, che l'atto in questione deve essere idoneamente motivato ed

comunque sottoscritto la relativa convenzione urbanistica.

ispirato ai canoni della ragionevolezza e della imparzialità garantendo la cd. buona amministrazione.

I principi surrichiamati valgono anche a dare importanza al sacrificio imposto al privato e alla necessità che questo sia considerato come un mezzo indispensabile al perseguimento dei prefissati, ovvero sopravvenuti, obiettivi di interesse pubblico.

Non è sufficiente, pertanto, che l'amministrazione rilevi l'esistenza tout court dell'interesse pubblico mostrando di non ignorare le ragioni del privato, occorrendo, invece, la verifica puntuale di quelle esigenze che impongono l'atto di risoluzione. L'intento della dottrina e della giurisprudenza volte nella direzione suindicata, è palesemente quello di limitare la discrezionalità, per quanto possibile.

Nella prospettiva analizzata, appare plausibile che all'amministrazione spetti il potere di valutare la congruità e la conformità dell'accordo lottizzatorio con l'interesse pubblico attuale e concreto dettato dagli indirizzi programmatici più recenti.

- 3.3. Inadempimento degli obblighi dell'amministrazione: il diniego della concessione.

In questo quadro, non può certamente negarsi al lottizzante la tutela sul piano strettamente patrimoniale. Come visto, alla figura degli accordi lottizzatori va applicato il regime previsto all'art. 11 l. n. 241/90: alla facoltà di esercizio del recesso unilaterale in capo all'amministrazione, corrisponde l'indennizzo riconosciuto al privato. Ciò implica, con ogni ragionevole evidenza, che al lottizzante vanno restituite oltre alle somme da lui versate come contributo per gli oneri di urbanizzazione o come anticipo sugli interventi non più realizzabili, anche le somme eventualmente spese per la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria. L'indennizzo richiede sempre che i costi in questione siano già stati sostenuti dal privato, non essendo sufficiente che siano stati soltanto previsti.

Ma cosa accade nell'ipotesi in cui l'amministrazione neghi il rilascio della concessione?

Si torna alla questione affrontata nei paragrafi precedenti.

In altri termini ci si pone la seguente domanda: la concessione edilizia tramite cui è concesso al privato di eseguire gli interventi oggetto della lottizzazione è atto al cui rilascio l'amministrazione è obbligata?

Sul punto, occorre prendere le mosse dall'elaborazione di tre diverse teorie che indicano a loro volta tre diverse soluzioni.

La dottrina più "giovane", confortata da una giurisprudenza pressoché unanime, vuole che la concessione edilizia sia un atto vincolato; l'amministrazione, in altri termini, esegue un mero accertamento di conformità del progetto presentato dal privato alle previsioni urbanistiche in vigore, non ricorrendo in alcun modo a valutazioni di carattere discrezionale.¹²²

Sicché, le parti sarebbero in rapporto di sostanziale parità e le obbligazioni nascenti a carico delle medesime deriverebbero proprio dall'atto concessorio la cui emanazione (o mancata emanazione) genera correlative posizioni di diritto soggettivo perfetto. Con la logica conseguenza che il lottizzante avrebbe il diritto di conseguire il risarcimento del danno a titolo di illecito contrattuale.

Nella prospettiva in cui l'accordo di cui all'art. 11 è ormai configurabile alla stregua di un vero e proprio provvedimento amministrativo, la ricostruzione in parola potrebbe non convincere.

La natura di atto vincolato, con riguardo alla concessione, fonda per un verso sugli effetti vincolanti del piano di lottizzazione dall'altro; per altro verso, sul carattere paritario del rapporto instaurato con la convenzione (nell'ottica di un accordo lottizzatorio che conservi nella

¹²² G. Greco, "Mancato rilascio di licenze o concessioni edilizie consentite dal piano di lottizzazione e risarcimento dei danni", in Riv. Giur. Urb. 1985, I, p. 14.

sostanza le caratteristiche del provvedimento, tale ultimo assunto sembra contestabile).

Un secondo orientamento giurisprudenziale esclude, al contrario, che dall'accordo possa derivare un'obbligazione in senso tecnico a carico dell'amministrazione. Al privato è riconosciuta *sic et simpliciter* una posizione di vantaggio nell'ottenimento della concessione che lo legittima a vedersi risarciti i danni qualora il permesso venga negato illegittimamente.

La teoria in argomento, fonda le sue ragioni sull'assunto per cui la concessione edilizia è pur sempre un provvedimento amministrativo cui è correlato l'esercizio di un potere discrezionale che non si limita all'accertamento della conformità del progetto agli strumenti urbanistici vigenti, ma implica anche la verifica di altri interessi pubblici (es. la funzionalità; l'estetica) il cui apprezzamento prevede, appunto, dei margini di discrezionalità. Inevitabilmente, la situazione giuridica del privato sarà di interesse legittimo.

Sicchè, il risarcimento è dovuto solo nel caso in cui "il provvedimento venga preventivamente annullato e il rifiuto sia avvenuto in violazione dei criteri stabiliti con la convenzione. In tal caso, infatti, il diniego integra un comportamento illecito e non semplicemente illegittimo in relazione al diritto di edificare riconosciuto dalla convenzione".¹²³

¹²³ Secondo G. Greco, in op. cit., verrebbe così riconosciuta la risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di interessi tutelati appositamente nella convenzione (cd. diritti condizionati).

Il diritto del privato appare condizionato in quanto il suo esercizio dipende da una valutazione discrezionale dell'amministrazione, in ogni caso risarcibile qualora l'amministrazione abbia violato le regole indicate in convenzione.

Un terzo, ed ultimo, orientamento nega al privato qualsiasi tutela risarcitoria (non potendosi riconoscere in capo al medesimo neanche una posizione di diritto condizionato) in ragione del fatto che la valutazione compiuta dall'amministrazione sulla convenzione di lottizzazione è completamente discrezionale.

Benché la valutazione dell'amministrazione si concentri effettivamente su aspetti quali ad esempio l'igiene, l'estetica dell'insediamento e così via, in ogni caso non può considerarsi frutto dell'esercizio di un potere discrezionale, bensì di un potere di valutazione tecnica.¹²⁴

Che l'amministrazione, seppure nella stipulazione di accordi accessivi alla lottizzazione convenzionata, si vincoli al rispetto degli obblighi da esso derivanti è principio non più discutibile.

Rimane da stabilire il fondamento di quegli obblighi che l'art. 11 della legge n. 241/90 vuole rintracciare nella disciplina delle obbligazioni e dei contratti di cui al codice civile.

Molti dubbi permangono sulla effettiva portata della potestà amministrativa in tale ambito non ultimo con riferimento proprio al

¹²⁴ Lo definisce così Mazzaroli in op. cit, p. 540, nonché E. Bruti Liberati in op. cit., p. 310

potere di valutazione tecnica. Sul punto, è ormai acquisito pacificamente il principio dell'accettabilità delle prescrizioni contenute nel piano lottizzatorio in quanto progetti affidati alla cura e alla tutela esclusiva dell'amministrazione pubblica.

Tornando ora all'ipotesi dianzi suggerita circa la tutela del privato tramite il risarcimento dei danni, sembra opportuno ragionare nel seguente modo: all'obbligo del comune di rilasciare l'atto concessorio per l'esercizio dello ius edificandi in ossequio alle previsioni del progetto lottizzatorio, corrisponde in capo al privato una situazione di diritto soggettivo.

Al pari, all'esercizio della potestà di valutazione tecnica, fa riscontro una posizione di interesse legittimo.

Sino a non molto tempo fa, la distinzione in parola operava una serie di conseguenze rilevanti, se non addirittura decisive, sulla tutela sia sostanziale sia processuale spettante al privato.

Ebbene, in un intreccio di posizioni giuridiche così diverse, viene certamente in aiuto la giurisdizione esclusiva che rende possibile sia l'accertamento sulla legittimità del diniego; sia la dichiarazione dell'obbligo di rilascio della concessione; sia, in ultimo, la tutela risarcitoria dinanzi al medesimo giudice.

Lo sdoganamento, ad opera della giurisprudenza, della risarcibilità degli interessi legittimi attivabile dinanzi al giudice amministrativo ha poi fatto tutto il resto.

Diversamente, per quanto concerne l'ipotesi in cui sia il privato a non osservare gli obblighi assunti nei confronti dell'amministrazione, va considerato il rinvio dell'art. 11 della legge n. 241/90 alla disciplina in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibile. Soltanto alla luce di quest'ultimo, infatti, si spiega, sul piano sostanziale, l'applicazione dei principi del codice civile.

Già prima dell'introduzione dell'azione di condanna (o anche azione di adempimento) ad opera dell'art. 30 del codice del processo amministrativo di cui al Dlgs. n. 104/2010 che ha ammesso il cd. esatto adempimento tra i rimedi esperibili in caso di inosservanza degli impegni assunti, veniva in rilievo la disciplina di cui all'art. 1453 c.c. a proposito dell'inadempimento del contratto.¹²⁵

Una giurisprudenza del 2009 ha statuito che in caso di inadempimento della parte lottizzante o del suo avente causa dell'obbligo di eseguire le prescritte opere di urbanizzazione primaria e secondaria, l'amministrazione deve sempre poter contare su tutti i rimedi offerti dall'ordinamento ad un privato creditore per poter realizzare coattivamente il proprio interesse, e dunque anche dell'azione di adempimento. Questa azione, come recita la sentenza del TAR Toscana, "*appartenendo all'area della cd. tutela specifica o*

¹²⁵ Ancora una volta viene in rilievo la pronuncia del TAR Toscana, Sez. I, 16.09.2009, n. 1446 che ha ammesso il rimedio contrattuale previsto dal codice civile all'art. 1453 sancendo in definitiva il principio per cui questo non appare incompatibile con la definizione delle convenzioni di lottizzazione in termini di accordo sostitutivo e non di contratto. L'accordo ex art. 11, infatti, delinea un

satisfattoria diretta ad assicurare al creditore il raggiungimento del preciso interesse sottostante al diritto di cui è titolare, consente all'amministrazione di ottenere l'assetto di interessi programmato dal negozio giuridico attraverso il comando giurisdizionale che integra la fonte dell'obbligazione con effetti propri e principalmente con l'effetto di assoggettare il debitore all'esecuzione forzata".¹²⁶

In quest'ottica, il giudice amministrativo adito potrà considerarsi ben legittimato a decidere sulle domande volte ad accertare l'inadempimento e a far condannare i lottizzanti al risarcimento in forma specifica o per equivalente, in applicazione della disciplina civilistica.

assetto di interessi, a detta del Collegio, perseguibile solo attraverso l'adempimento di obbligazioni a carico dell'una e dell'altra parte del rapporto.

¹²⁶ Il percorso argomentativo appena condotto prende spunto da una pronuncia del TAR Lombardia, Brescia, 13.08.2003, n. 1157 in cui viene accertata l'equiparazione della convenzione di lottizzazione e accordo sostitutivo sulla scorta della prevalente giurisprudenza sull'art. 11, comma 5. Da tale premessa ha, poi, fatto discendere l'inevitabile conseguenza della necessità di una tutela giuridica che potesse definirsi

- 3.4. Il risarcimento del danno

La disamina delle situazioni soggettive poste a fronte dell'illegittimo diniego della concessione (nell'ambito delle convenzioni lottizzatorie, s'intende), ha avuto un rilievo decisivo ancor prima che all'interesse legittimo venisse riconosciuta la tutela risarcitoria. Ed infatti, ai fini del riconoscimento di un risarcimento del danno, accanto alla semplice illegittimità dell'atto della pubblica amministrazione doveva necessariamente rinvenirsi una condotta illecita della pubblica amministrazione.

La soluzione offerta dalla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999 è sembrata esaustiva: si è inteso estendere per la prima volta la tutela aquiliana ex art. 2043 c.c. agli interessi legittimi con la opportuna precisazione che la P.A. provoca un danno ingiusto quando, per effetto della propria attività illegittima, determina la lesione dell'interesse "al bene della vita" meritevole di tutela alla stregua del diritto positivo al quale l'interesse si correla.¹²⁷

piena. A tale scopo si è valorizzato il rinvio ai principi e alle azioni previste nel codice civile in materia di obbligazioni e contratti per regolare la fattispecie.

¹²⁷ G. Pagliari, *"Corso di diritto urbanistico"*, Milano, 2002, p. 315 e ss. che, sempre con riferimento all'incidenza del nuovo orientamento espresso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 500/99 sulla dicotomia interessi pretensivi-oppositivi, precisa che viene in tal modo sancita la risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi. E cioè, di quelle posizioni giuridiche soggettive di pretesa sostanziale ad un certo comportamento da parte della pubblica amministrazione.

Non più la più necessaria combinazione di azione illegittima e condotta illecita, dunque, a sancire la corretta invocazione della tutela risarcitoria.

Il fondamento normativo della domanda di risarcimento è dato proprio dall'art. 2043 c.c. e dal combinato disposto degli artt. 34, comma 1, e 35, comma 1, del Dlgs. n. 80/98, così come modificati dall'art. 7 della l. n. 205/2000.

Il legislatore, infatti, ha devoluto l'intera materia urbanistica concernente tutti gli aspetti della pianificazione del territorio (ivi inclusi quelli tipicamente consensualistici) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo attribuendogli altresì la cognizione dei cd. "diritti patrimoniali consequenziali".

A ben vedere, l'affermata distinzione tra atto e comportamento, che improvvisamente non sembra più rilevare sotto il profilo della tutela risarcitoria, non ha mai smesso di aprire nuovi e formidabili scenari. Basti pensare, a tale proposito, alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 con cui si è voluto rimarcare il distinguo in commento aprendo in tal modo all'enucleazione del principio ispiratore in tema di riparto della giurisdizione.

Eppure, il binomio atto-comportamento, sotto il duplice profilo dell'individuazione della posizione giuridica soggettiva fatta valere e della tutela risarcitoria che ne consegue, continua a presentare qualche lacuna su cui sarà il caso di soffermarsi brevemente.

Anzitutto, pur non potendo fare riferimento ad un vero e proprio obbligo –civilisticamente inteso- di rilascio della concessione, si potrà certamente parlare complessivamente di doverosità e vincolatività dell'azione.

Questi concetti hanno la caratteristica di superare di gran lunga il semplice obbligo di considerazione degli interessi privati. La potestà autoritativa e il corrispondente interesse legittimo, quindi, si pongono in un rapporto di “relazione” con gli obblighi assunti in via privatistica.

Anche con riferimento ai pubblici poteri, si configurano degli obblighi strumentali che hanno origine nelle norme dettate a garanzia degli interessi dei cittadini.¹²⁸

Tali obblighi possono sorgere sia a fronte di interessi qualificati come veri e propri diritti soggettivi (si pensi al diritto di accesso ai documenti dell'amministrazione che soddisfa il bene informazione; il diritto a veder concluso il procedimento entro il termine prescritto, che soddisfa l'interesse alla certezza dei tempi dell'amministrazione; il diritto all'esperimento di una procedura competitiva a tutela dell'interesse degli imprenditori ex art. 41 Cost. e così via); sia che essi si relazionino direttamente con l'interesse legittimo giacchè sussistono anche a prescindere dall'esistenza di un diritto soggettivo perfetto.

¹²⁸ A. Orsi Battaglini e C. Marzuoli, “*La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*”, in Dir. Pubbl. 1999, p. 487 e ss.

In quest'ottica, il privato vanterà un diritto di credito tout court a fronte del correlativo obbligo gravante in capo all'amministrazione.¹²⁹ Dunque, le norme di relazione disciplinano i rapporti –paritari- tra privato e pubblica amministrazione: perciò, il diritto pubblico finisce per rilevare come normativa di comportamento la cui violazione delinea un profilo di inadempimento di obblighi afferenti al rapporto stesso.¹³⁰

A questo punto, l'interesse legittimo potrà essere qualificato come il “diritto soggettivo alla legittimità dell'atto”; e cioè, un diritto che abbia alla base l'interesse di uno specifico soggetto, relativamente ad un bene determinato, a che venga osservata una particolare regola del rapporto.¹³¹

La prima implicazione di questo ragionamento è piuttosto chiara: la dicotomia atto- comportamento valsa fino ad un certo punto a delineare la tutela risarcitoria ed il riparto della giurisdizione sembra non avere più senso. La condotta dell'amministrazione appare

¹²⁹ Gianmarco Poli, “*L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*”, in *Dir. Pubbl.*, 1/2012, p. 81 e ss.

¹³⁰ Ancor prima che di Poli, op. cit., l'affermazione è di A. Orsi Battaglini, “*Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia “non amministrativa”*”, Giuffrè, 2005, p. 23 e ss. L'Autore sostiene che laddove si sia al cospetto di norme di azione, e dunque di attività discrezionale, il rapporto tra privato e p.a. viene configurato come diritto alla legittimità del comportamento (utilità strumentale che genera obblighi cd. strumentali. Laddove, invece, si sia in presenza di norme di relazione il rapporto è inquadrabile in un diritto all'utilità finale a cui corrisponde l'obbligo per l'amministrazione di attribuire quella utilità mediante un provvedimento favorevole (soddisfazione dell'interesse pretensivo).

¹³¹ A. Orsi Battaglini, “*Alla ricerca dello Stato di diritto*”, op. cit., p. 74

censurabile al pari della sua azione e, peraltro, con strumenti sempre più vicini a quelli strettamente civilistici.

La seconda è agevolmente intuibile: a percorrere questa strada, infatti, si potrebbe giungere al disconoscimento –formale- della figura soggettiva dell'interesse legittimo.

In una simile ricostruzione, la tutela risarcitoria è garantita al privato che abbia un rapporto con l'amministrazione non tanto perché la risarcibilità dell'interesse legittimo è pacificamente sancita dal nostro ordinamento, bensì per il fatto che il comportamento può essere censurato anche sotto il profilo dell'illegittimità oltre che dell'illiceità. Così, l'introduzione dell'obbligo di motivazione degli accordi ex art. 11, l. n. 241/90 non apporterebbe cambiamenti sostanziali nella disciplina applicabile. Che si tratti di contratto di diritto pubblico o, più semplicemente di provvedimento amministrativo, la tutela garantita al privato sembra non conoscere differenze sostanziali.

Resterebbe ancora aperta, invece, la questione dell'eccesso di potere. A voler ragionare come fatto finora, ne discende che la convenzione lottizzatoria è certamente impugnabile per eccesso di potere; e cioè, per tutte quelle figure sintomatiche che accompagnano l'azione amministrativa che si è prefigurata il raggiungimento di uno scopo diverso da quello concretamente perseguito.

Ebbene, anche in tal caso il problema sembra risolversi nel senso appena prospettato: si potrebbe rimeditare in chiave civilistica anche lo strumento dell'eccesso di potere.

Sarà sufficiente, a tal fine, spostare il baricentro del vizio dalla funzionalità del provvedimento alla violazione di una regola di condotta imposta all'agire amministrativo dalla legge o dalla Costituzione.

Nessun sindacato, dunque, sulla discrezionalità dell'agire amministrativo, bensì un obbligo ad attenersi ai canoni di logica, ragionevolezza, proporzionalità che presiedono sì all'esercizio del potere discrezionale, ma che rappresentano norme deontologiche di comportamento che vanno considerate immediatamente precettive per l'amministrazione che ne sia destinataria.¹³²

Così, anche nel diritto pubblico potranno imporsi specifici obblighi di comportamento.¹³³

Eppure gli argomenti fin qui illustrati non sembrano convincere del tutto la dottrina. La strada della trasformazione degli interessi legittimi in diritti soggettivi è piena di ostacoli: si evoca, in proposito, il pensiero di un consigliere di stato che, in sede meramente

¹³² C. Marzuoli, "Un diritto "non amministrativo", in *Dir. Pubbl.*, 2006, p. 140 in cui si evidenzia che l'interesse legittimo è la forma sinteticamente rappresentativa di un certo diritto e che il diritto amministrativo ha un proprio regime di validità-invalidità caratterizzato dal vincolo del fine e dall'eccesso di potere che rappresenta la patologia di quel vincolo.

¹³³ C. Cudia, "Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto", Milano, 2008. L'Autrice afferma che la Costituzione impone una rilettura del sistema delle tutele mettendo così in discussione l'applicazione dei vecchi strumenti che subordinano la tutela del privato alla garanzia dell'interesse pubblico.

dottrina, ha affermato che “un interesse legittimo pienamente tutelato non diventa solo per questo un diritto soggettivo”.¹³⁴

Ebbene, nel caso della stipulazione di una convenzione pubblicistica, la violazione del diritto- interesse del privato a vedersi rilasciare la convenzione- è risarcibile in quanto illecito contrattuale, ovvero in quanto frutto di un atto illegittimo.

Una soluzione al problema potrebbe arrivare dalla inidoneità di taluni interessi formali di cui è portatore il privato a prevalere sulle ragioni di pubblica utilità. Certe violazioni, insomma, pur non escludendo l'illegittimità (si pensi al caso in cui l'amministrazione dimostri che il contenuto dell'atto non poteva essere diverso da quello in concreto adottato), possono comunque portare ad un illecito dell'amministrazione ristorabile tramite il risarcimento del danno. Quest'ultimo rimedio diventa l'unico efficacemente esperibile dal privato, posto che l'atto non sia annullabile.

¹³⁴ F. Caringella, “*Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*”, in Urb. e App., 2012, p. 22 in cui si sostiene che “a conferma di tali considerazioni si pone, a livello positivo, l'art. 34, comma 2 del cod. proc. Amm. il quale prevede, quale limite generale alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, che il giudice non possa pronunciarsi su poteri non ancora esercitati. Il potere amministrativo resta dunque ancora in proprium dell'interesse legittimo e la cui tutela deve necessariamente transitare attraverso il suo esercizio. Il giudice amministrativo, alla stregua dell'art. 103 Cost. non è una pubblica amministrazione deputata all'esercizio del potere ma un organo volto a verificare la correttezza dell'esercizio del medesimo: ne deriva che il sindacato giurisdizionale non potrà mai essere volto all'attribuzione immediata del bene della vita ma riguarderà sempre l'esercizio del potere pubblicistico, sia pure con un'intensità che si può tradurre nel riconoscimento della spettanza del bene della vita ingiustamente negato dall'amministrazione.

Ma anche laddove si sia in presenza di un rifiuto illegittimo, magari dichiarato tale dal giudice amministrativo, non è detto che l'amministrazione emetta il provvedimento favorevole cui il privato aspira.

In pratica, il danno sarà risarcibile soltanto qualora il privato riesca a dimostrare che, se la P.A. avesse ben valutato la sua istanza, con ogni buona probabilità l'avrebbe accolta. La risarcibilità è quindi legata al grado di discrezionalità che contraddistingue il potere esercitato dall'amministrazione: laddove questa sia massima dovrà escludersi la risarcibilità. Diversamente, allorquando la discrezionalità sia minima, l'annullamento del provvedimento illegittimo determinerà l'insorgenza di un danno risarcibile.

Discorso a parte, va fatto per il caso dell'esatto adempimento di cui all'art. 30 cod. proc. amm.. Con l'introduzione di un siffatto istituto, si è inteso porre ad oggetto dell'azione dinanzi al giudice amministrativo non tanto il danno quanto, invero, la tutela diretta della posizione soggettiva del privato che, una volta lesa, può avere la consistenza di un interesse legittimo pretensivo, ovvero oppositivo.

Dunque non solo nell'ipotesi di silenzio della p.a., ma anche nel caso in cui la lesione sia causata da un provvedimento negativo (come nel caso di illegittimo diniego della concessione) l'interesse pretensivo può essere tutelato attraverso una misura di carattere ordinatorio che assume le forme di una sentenza di condanna. E tanto, diversamente da quanto affermato da Caringella il quale (vedi nota n. 130) sostiene

che il sindacato giurisdizionale riguarda sempre il potere pubblicistico e non certo l'attribuzione immediata del bene della vita. Del resto, che una verifica quantomeno sulla spettanza di tale bene sia necessaria sarebbe, a rigor di logica, piuttosto ragionevole.

L'avversione nei confronti della cd. azione di adempimento è fondata anche sul rischio temuto che attraverso questo strumento il giudice amministrativo possa travalicare i limiti del proprio sindacato di legittimità e sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio della potestà amministrativa.¹³⁵

Sul punto, vale chiarire che l'espansione del sindacato del g.a. è resa difficile dalla previsione per la quale quest'ultimo non può compiere in nessun caso valutazioni discrezionali non ancora esaurite, ovvero emettere o modificare provvedimenti amministrativi.

Pertanto, la condanna a provvedere non vuol dire sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (dovuto).

Ne deriva, quindi, che il divieto per il g.a. di emettere provvedimenti, ovvero di modificarli, non è aggirato certamente dall'azione di adempimento in quanto al g.a. non è in ogni caso precluso l'accertamento sull'esistenza dei presupposti per il rilascio del provvedimento stesso.

Resta ferma la verifica, da parte del giudice amministrativo, della spettanza del bene della vita.

¹³⁵ Sul punto vedi Caringella, op. cit., p. 122

La tutela per così dire diretta viene, invece, garantita all'amministrazione nell'ipotesi in cui sia il privato a non osservare gli obblighi scaturiti dalla convenzione urbanistica.¹³⁶ All'amministrazione sarà data facoltà di eseguire immediatamente la prestazione a spese del privato obbligato, ovvero di esperire l'azione di adempimento nei confronti del medesimo.

Presupposto per lo svolgimento di entrambe le azioni resta certamente l'inadempimento contrattuale.

Ma si può continuare a parlare di inadempimento contrattuale laddove si consideri che la convenzione, in quanto accordo sostitutivo, sia in realtà un vero e proprio provvedimento amministrativo? L'amministrazione potrebbe continuare a disporre dei rimedi della esecuzione in forma specifica, ovvero dell'azione di adempimento?

Ancora una volta, il tema riguardante la natura della convenzione di lottizzazione assume rilievo decisivo anche nel dirimere la questione della piena tutela attribuibile all'amministrazione in caso di inadempimento del privato.

¹³⁶ Ritornando a quanto già affermato nella nota n. 126 a proposito della pronuncia del TAR Toscana n. 1446/2009, si è potuto verificare come all'Amministrazione Comunale sia stata riconosciuta, per il caso di mancata esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto, la facoltà di realizzare in via diretta, ma a spese degli obbligati, le opere di urbanizzazione. Viene espressamente previsto, infatti, che è riservata al Comune *“la facoltà di provvedere direttamente all'esecuzione delle opere di lottizzazione in sostituzione dei lottizzanti inadempienti ed a spese dei medesimi previo avviso in ogni caso non inferiore a novanta giorni da comunicarsi mediante lettera raccomandata”*. Tale rimedio, nella prospettiva del Collegio, deve ritenersi concorrente con l'azione di adempimento.

- 3.5. La competenza legislativa concorrente e i tentativi di riforma urbanistica.

La materia urbanistica è stata tradizionalmente attribuita alla competenza regionale e, in particolare, alla competenza legislativa concorrente da esercitarsi “nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato” ai sensi dell’art. 117 Cost.. Alle Regioni, poi, in virtù della previsione di cui al successivo art. 118, spettavano anche le funzioni amministrative ripartite con gli enti territoriali minori in relazione all’interesse esclusivamente locale.

Con la riforma del Titolo V della parte seconda, disposta dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, l’espressione “urbanistica” è scomparsa dal testo della Costituzione avanzandosi così l’idea che la materia potesse rientrare nella competenza residuale esclusiva delle Regioni.

Sul tema, è intervenuta la Corte Costituzionale chiarendo che la nozione di urbanistica va ricondotta all’alveo di quella di “governo del territorio” inclusa tra le materie di legislazione concorrente ai sensi del novellato art. 117, comma 3, Cost.. Sicchè, “spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali riservati alla legislazione dello Stato.

L’assetto venuto in tal modo a delinarsi, trova conferma anche nel tentativo di riforma della materia operato con il disegno di legge S-

3519, cd. legge Lupi, approvato alla Camera dei Deputati il 28 giugno 2005.

Nel progetto normativo, peraltro rimasto solo tale, vengono enucleati i principi generali in tema di governo del territorio per i quali questo “consiste nell’insieme di attività conoscitive, valutative, regolative, di programmazione, di localizzazione e di attuazione degli interventi, nonché di vigilanza e di controllo, volte a perseguire la tutela e la valorizzazione del territorio, la disciplina degli usi e delle trasformazioni dello stesso e la mobilità in relazione a obiettivi di sviluppo del territorio. Il governo del territorio comprende altresì l’urbanistica, l’edilizia, l’insieme dei programmi infrastrutturali, la difesa del suolo, la tutela del paesaggio e delle bellezze naturali, nonché la cura degli interessi pubblici funzionalmente collegati a tali materie”.

Dunque, in questo disegno di legge è stabilito che le funzioni amministrative sono esercitate in maniera semplificata, prioritariamente con l’adozione di atti negoziali in luogo di quelli autoritativi; nonché, attraverso forme di coordinamento tra i soggetti pubblici e tra questi e i cittadini cui va riconosciuto comunque il diritto di partecipazione ai procedimenti di formazione di quegli atti.

Ne consegue che i rapporti di forza cambiano, o meglio si invertono: gli atti negoziali diventano lo strumento cui ricorrere in via prioritaria per esercitare le funzioni amministrative.

Il disegno di legge, inoltre, dispone che gli enti competenti alla pianificazione urbanistica possono concludere accordi con soggetti privati nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, di trasparenza, di concorrenzialità, di pubblicità e partecipazione al procedimento al fine di recepire proposte di interventi coerenti con gli obiettivi strategici individuati negli atti di pianificazione.

In ogni caso, l'uso degli accordi con i privati non può avvenire in violazione dei principi "coperti" taluni dalla Costituzione; tali altri dalla legge sul procedimento amministrativo.

Il ruolo fondamentale delle Regioni emerge con prepotenza dal disegno di legge S-3519 anche con riferimento alle convenzioni di lottizzazione in quanto l'art. 28 della l. n. 1150 del 1942 è destinata a perdere efficacia nelle Regioni che abbiano emanato normative in argomento.

Si segnala, ai fini della discussione che ci occupa, la legge Reg. Campania 22 dicembre 2004, n. 16 che, in materia di convenzioni per l'appunto, richiede la previsione: a) delle prestazioni oggetto delle convenzioni; b) della durata degli obblighi assunti (inizio e ultimazione degli interventi); c) delle garanzie reali e finanziarie da prestare per l'adempimento degli obblighi e delle sanzioni per l'inosservanza degli stessi, ivi compresa la possibilità della risoluzione contrattuale; d) degli elementi progettuali, delle garanzie e delle modalità di controllo dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione. Un ulteriore tentativo di ricognizione legislativa della

materia urbanistica è stato svolto con l'adozione del decreto legislativo recante i principi fondamentali in materia di governo del territorio (Atto del Governo n. 610) in attuazione della disposizione di cui all'art. 1, comma 4, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (cd. legge La Loggia). Tale disposizione prevedeva infatti che, fino all'entrata in vigore delle leggi con le quali il Parlamento avrebbe definito i nuovi principi, il Governo adottasse uno o più decreti legislativi meramente ricognitivi dei principi fondamentali nelle materie previste dall'art. 117, comma 3, Cost..

Lo schema di decreto, approvato dal Consiglio dei Ministri il 22.12.2005, è trasmesso alle Camere per il parere ed esaminato dalla VIII Commissione della Camera dei Deputati nelle sedute del 14 e del 22.02.2006.

Come ha sottolineato anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 280 del 13-28 luglio 2004, si tratta di un testo puramente ricognitivo e non innovativo della materia che accorpa una serie di disposizioni attualmente contenute in diverse leggi e non prevede nessuna abrogazione di norme vigenti.

Nella parte attinente alla materia urbanistica, il decreto pone in evidenza come molte disposizioni della legge n. 1150 vengano riconosciute alla stregua di norme di principio. Tra queste, ad esempio, si segnalano: la perequazione e la compensazione, rispettivamente definite come modalità di attuazione dello strumento urbanistico generale (consiste, in particolare, nel riconoscere a tutte

le proprietà immobiliari ricomprese in un determinato ambito territoriale un diritto edificatorio), la prima; e come disciplina di dettaglio sotto il duplice profilo urbanistico e ambientale, la seconda. Pertanto, ad oggi, la riforma del comparto urbanistico in particolare, e più in generale della materia del governo del territorio, può dirsi tentata ma ancora non riuscita.

- 4. Un caso concreto: la gestione “consensuale” del territorio in Campania.

Prima di esaminare l'introduzione, e la successiva espansione, sul territorio campano dello strumento del consenso nella gestione del territorio sarà opportuno ricordare anzitutto che la consensualità ha radici nella democraticità dell'ordinamento amministrativo e nell'autonomia di indirizzo politico. L'accordo incarna, con ogni ragionevole certezza, il modello cui si è appena fatto riferimento in ragione del fatto che il bene della vita che ne costituisce l'oggetto è (o almeno dovrebbe essere) a cuore tanto dell'amministrazione che ne dispone tanto del privato che ne sottoscrive le modalità della gestione.

Pertanto, il rapporto tra potere pubblico e privato deve ispirarsi ai seguenti criteri: effettività; adeguatezza; efficienza; efficacia; economicità.¹³⁷

Effettività intesa come legalità e, dunque, rispetto della legge a garanzia di posizioni sostanzialmente differenti. Adeguatezza come “misura delle cose”. Efficienza ed efficacia come obiettivo garantito con il miglior metodo di lavoro possibile.

¹³⁷ F. Pugliese e E. Ferrari, *“Presente e futuro della pianificazione urbanistica”* (a cura di), Milano, 1999, Atti del secondo convegno nazionale Napoli 16-17 ottobre 1998 raccolti dall'A.I.D.U. Associazione italiana di diritto urbanistico.

Infine, resta l'economicità ovvero la ricerca delle risorse finanziarie per l'esecuzione del progetto sul territorio. Non può eludersi la questione principale: la pianificazione del territorio deve fare i conti con la programmazione economica e, spesso, le fonti si rinvengono solo nei privati investitori in grado di garantire la realizzazione di interventi anche di contenuto eminentemente pubblico.

Quanto detto sopra, con particolare riferimento alla difficoltà a pensare ad una "disponibilità" del potere pubblico alla contrattazione, ha avuto chiaramente un peso importante sull'assetto della pianificazione urbanistica. D'altro canto, non si è potuto fare a meno di aprire all'intervento del privato, come alla concertazione con altre amministrazioni, al fine preminente di agevolare interventi di pubblico interesse tramite la collaborazione e il consenso dei soggetti interessati e degli operatori economici.

A sostenere questa tendenza, arrivano anche le notizie circa l'inefficienza progressiva dei piani regolatori a disciplinare adeguatamente il governo del territorio.

Eppure, nonostante "l'antidemocraticità" del modello, il PRG trova comunque un effettivo ambito di applicazione. La rigidità di cui è connotato, nonché l'applicazione schematica e indifferente alle esigenze più profonde della cittadinanza, la staticità dei suoi

interventi non ne fanno uno strumento di evoluzione vera dell'assetto urbanistico.¹³⁸

A ben pensare, le esigenze della collettività rispetto agli insediamenti metropolitani sono significativamente cambiate: si è passati dalla necessità di costruire abitazioni intorno al centro delle città per sopperire alla carenza abitativa del dopoguerra, alla scoperta del valore dello sviluppo “sostenibile” nell’ottica di un interesse sempre più marcato ai valori ecologisti e all’impatto ambientale delle nuove costruzioni.

Il raggiungimento di obiettivi così alti si pone come una priorità assoluta nel governo del territorio. Da qui, la necessità che allo strumento del piano attuativo si accompagni anche lo schema consensuale della convenzione urbanistica.

Non può tacersi, in proposito, che la cd. contrattazione, di fatto, è sempre esistita. Sicché, non può che considerarsi positivo il dato per cui il modello consensuale offerto rende trasparente negoziazioni talvolta sotterranee, se non addirittura illecite.¹³⁹

In ultimo, non sfuggono neanche le serie difficoltà che spesso incontra l’amministrazione nell’attingere a risorse interne sempre più scarse con serie, ed ovvie, conseguenze sul piano della effettiva perseguibilità di obiettivi così complessi. Non v’è dubbio che il coinvolgimento dei privati nella difficile operazione di governo del

¹³⁸ P. Stella Richter, “Necessità e possibilità della pianificazione urbanistica”, in “*Presente e futuro della pianificazione urbanistica*”, *op. cit.*

¹³⁹ S. Civitarese Matteucci e P. Urbani, *op. cit.*

territorio ha agevolato anche il raggiungimento degli obiettivi anzidetti.

Beninteso, non senza l'esercizio di controlli, interventi sostitutivi o sanzionatori di eventuali inadempienze.¹⁴⁰

¹⁴⁰ S. Amorosino, *“Cinquant’anni di leggi urbanistiche (1942/1992). Spunti preliminari ad una riflessione”*, in Riv. Giur. Ed., 1993, II, p. 97. In particolare, l’Autore rileva come “l’urbanistica contrattata o concertata ha infatti un’immagine assai deteriorata, in relazione alle note vicende di intreccio e collusione tra promotori di operazioni immobiliari e decisori amministrativi. Il danno maggiore che ne è derivato è stato il diffondersi di una cultura del sospetto e dell’irrazionale opposizione a qualsiasi intervento (per definizione inteso come speculativo e oggetto di corruzione).

- 4.1. La fuga degli investitori da Bagnoli e le scelte principali per Coroglio.

Sul territorio campano, ruolo decisivo nello sviluppo della città di Napoli (decretandone successi, e soprattutto insuccessi) ha assunto certamente la riqualifica della zona occidentale della città.

Si parla di una porzione di territorio che affaccia su uno dei litorali più belli del meridione e che, per decenni, ha conosciuto soltanto l'inquinamento prodotto dall'insediamento industriale più grande del paese (secondo solo agli storici impianti del nord ovest).

Negli anni successivi alla dismissione dei blocchi industriali dell'antica acciaieria Italsider, le istituzioni si sono unite, almeno formalmente, nel comune intento di garantire il risanamento ambientale; la riqualificazione urbana; la riconversione delle aree industriali con la contestuale creazione di un contesto amministrativo ed economico adeguato anche all'ambizione di investimenti sul territorio da parte di soggetti terzi nel settore del turismo e dei servizi.¹⁴¹

In particolare, nel gennaio del 1996, è stata adottata la variante di Bagnoli con l'obiettivo di creare un parco urbano qualificato e attrezzato sia con impianti e servizi connessi alla ricerca scientifica e

¹⁴¹ A. Contieri, *“Forme consensuali di gestione del territorio in Campania: variante di Bagnoli e contratto d'area Torrese- Stabiese”*, in *“Presente e futuro della pianificazione urbanistica”*, op. cit.

allo sviluppo culturale; sia con strutture turistiche in grado di rilanciare i settori balneare e della nautica in un'area che, per indiscutibili qualità morfologiche, sembra naturalmente preordinata a tale uso.

Non si può trascurare, infatti, che Bagnoli rappresenta da un lato il naturale prolungamento della collina di Posillipo e, dall'altro, il collegamento della città con l'intera zona flegrea.

Con la summenzionata variante, dunque, si è inteso rispettare finalmente l'originaria vocazione dell'area consentendo la demolizione e la successiva riqualificazione agli scopi così individuati.

Successivamente, è stata emanata la legge n. 582 del 1996 contenente disposizioni urgenti per il risanamento dei siti industriali che, tra l'altro, ha previsto una prima tranche di finanziamenti proprio del gruppo IRI per la bonifica dell'arenile di Coroglio, e dell'intera area della marina di Bagnoli dalla presenza (persistente sull'intero territorio) di amianto.

Tuttavia, la variante in tal modo approvata ha incontrato sin da subito l'opposizione della Regione Campania che, data la complessità del progetto urbano e della compatibilità ambientale di questo con le necessarie e preliminari opere di bonifica, ha suggerito di affidare il governo della zona alla concertazione programmata nell'interesse di un recupero efficace ed effettivo della zona. In tal modo, la Regione

ha rivendicato a sé il potere di disporre la scelta tra gli strumenti pianificatori disponibili.

Ne è derivato un contenzioso con il Comune di Napoli che ha aperto una stagione di conflitti istituzionali assolutamente deleteri per il perseguimento degli obiettivi sopra denunciati.

Nel maggio del 2005, è stato approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 40 il Piano urbanistico esecutivo di Bagnoli-Coroglio la cui attuazione è stata demandata alla società di trasformazione urbanistica Bagnoli Futura S.p.A. costituita solo tre anni prima.

Il piano urbanistico esecutivo specifica le scelte della variante definendo i contenuti economici dell'iniziativa di riqualificazione; la costituzione di un'area industriale dismessa; un insediamento sia abitativo sia turistico.

Il tentativo che si intende fare col piano, dunque, è preminentemente quello di ripristinare le condizioni ambientali cancellate dalla costruzione dell'acciaiera. Si immagina di conferire al territorio dignità di quartiere attrezzato sotto il profilo del godimento della natura; dello sport; del tempo libero a vantaggio dei cittadini; una sorta di risarcimento che ad essi, e all'intera città, è dovuto dopo un secolo di inquinamento.

Gli elementi portanti del piano sono rappresentati dai macro spazi rappresentati da spiaggia e parco, configurati come territorio "unico" aperto sul golfo di Pozzuoli.

In particolare, il piano prevede il recupero della piccola marina e della spiaggia l'urbanizzazione moderata con finalità turistiche e la creazione di ampie aree verdi, di parchi e di luoghi di aggregazione e cultura.

In quest'ultima direzione, un ruolo fondamentale ha svolto, fino a poco tempo fa, la fondazione IDIS che, all'interno degli antichi capannoni delle fabbriche smantellate a Coroglio, ha impiantato la Città della Scienza, polo scientifico e tecnologico d'avanguardia. Il primo in Italia sul modello delle Villette a Parigi.

In seguito all'incendio che ha da poco devastato l'intera costruzione, la strada da percorrere sembra tutta in salita.

Eppure, la volontà di dare una svolta alla questione "Bagnoli", oltre che dalla rappresentatività del polo culturale, si poteva desumere anche dalle Delibere di G.C. n. 248 del 12.04.2012 e n. 763 del 23.10.2012 con le quali la società di trasformazione urbana Bagnolifutura S.p.A. ha dapprima pubblicato un avviso esplorativo al fine di sondare il terreno circa l'ipotesi di lottizzazione di una parte dell'area; e, in seguito, ha approvato i documenti contenenti ulteriori indicazioni tecniche sull'area da sottoporre a lottizzazione, sempre allo scopo di favorirne la vendita tramite l'espletamento di una gara ad hoc.

Che la strada concordemente scelta dalle istituzioni per l'area di Coroglio sia quella della lottizzazione, sembra non potersi in alcun modo negare.

Che sia, invece, quella più giusta è questione ancora aperta anche alla luce dei rilievi fin qui svolti in particolar modo sul tema della qualificazione giuridica degli accordi.

Non può negarsi, infatti, che i dubbi che tutt'oggi gravano sulla disciplina degli accordi investono concretamente gli ambiti di applicazione dei medesimi; le convenzioni urbanistiche, dunque, non ne sono esenti.

- 5. Conclusioni.

La questione che si è posta all'indomani dell'emanazione della legge sul procedimento amministrativo è stata quella di stabilire se l'art. 11 della stessa sia o meno applicabile alle convenzioni di lottizzazione, stante la formulazione dell'art. 13 della medesima legge secondo cui "nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione".

La dottrina ha avvertito la contraddizione insita in un'interpretazione della norma succitata che addirittura porta all'esclusione dell'applicabilità del regime di cui all'art. 11 nei confronti di uno degli istituti storicamente caratterizzati dal consenso del privato, qual'è appunto la convenzione di lottizzazione. E così, dapprima si è ritenuto che l'art. 11 sia applicabile alla fattispecie lottizzatoria in via analogica.¹⁴²

In seguito, si è voluto attribuire valore univoco all'art. 13 che, in quest'ottica, va riferito esclusivamente alla pianificazione generale e non anche a quella esecutiva cui invece appartengono le convenzioni urbanistiche.¹⁴³

¹⁴² A. Candian e C. Gambaro, op. cit., p. 127 e ss.

¹⁴³ P. Stella Richter, *"Profili funzionali dell'urbanistica"*, Milano, 1984, p. 109

La giurisprudenza, poi, è pervenuta alla conclusione per la quale le convenzioni lottizzanti “sono contratti di natura peculiare, che si inseriscono strettamente nell’ambito di un procedimento amministrativo” nel quale le posizioni di diritto soggettivo degradano ad interesse legittimo a fronte della potestà dell’amministrazione di modificare, per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, il piano di lottizzazione cui la convenzione accede.¹⁴⁴

Il passo alla sentenza del TAR Toscana del 2009 sopra citata non è stato poi così breve: le convenzioni vengono inserite nell’alveo dei contratti di natura peculiare preceduti da un elemento del procedimento denominato “schema di convenzione”. Quanto alle sopravvenienze, poi, il problema è stato risolto lasciando integra la potestà pubblicistica dell’Amministrazione in materia di disciplina del territorio e di regolamentazione urbanistica, ivi compresa la facoltà di liberarsi dal vincolo contrattuale alla stregua di esigenze sopravvenute e soprattutto per l’obbligatorio adeguamento a modifiche normative.¹⁴⁵

Solo successivamente, dottrina e giurisprudenza sono confluite in una definizione unica: le convenzioni di lottizzazione costituiscono strumenti di tipo attuativo del PRG e non atti di pianificazione

¹⁴⁴ Cass. Sez. Un., 19.04.1984, n. 2567, in Riv. giur. ed., 1984, I, p. 448

¹⁴⁵ Cass. Civ., Sez. II, 8.06.1995, n. 6482, in Riv. giur. edil., 1995, I, p. 789.

generale. In quanto tali, hanno natura di accordi sostitutivi in quanto tali disciplinati dall'art. 11 della l. n. 241/90.¹⁴⁶

In quest'ottica si è ritenuto, inoltre, che la convenzione di lottizzazione non può essere modificata unilateralmente dall'amministrazione escludendosi, in tal modo, che "l'amministrazione conservi il potere autoritativo di modificare autonomamente il termine di efficacia delle convenzioni stesse".¹⁴⁷

Partendo dalla considerazione per la quale le convenzioni di lottizzazione sono accordi sostitutivi del provvedimento, e quindi alternativi a questo, esse sono soggette al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi e al principio di legalità amministrativa, con ogni conseguenza che ne deriva anche sotto il profilo dell'obbligo di motivazione enunciato in precedenza.

Dove, invece, gli accordi mostrano un'ampiezza maggiore rispetto ai provvedimenti è nel contenuto, nel senso che essi consentono di conseguire un assetto di interessi diverso e più ampio di quello conseguibile con il provvedimento unilaterale. Negli accordi, in sostanza, l'esercizio del potere discrezionale, destinato a fondersi con la volontà del privato, assume modalità, aspetti, contenuti diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti allo strumento provvedimentoale

¹⁴⁶ Ancor prima del TAR Toscana citato, in tal senso si era univocamente espressa la giustizia amministrativa con le seguenti pronunce: TAR Liguria, Sez. I, 4.11.2004, n. 1517, in Foro Amm., 2004, p. 3293; TAR Salerno, Sez. II, 1.10.2003, n. 94, in Foro Amm., 2003, p. 3073.

¹⁴⁷ TAR Sardegna Sez. II, 24.01.2005, n. 107, inedita.

potendosi, così, conseguire utilità maggiori di quelle concretamente conseguibili in via autoritativa.

Peraltro, la facoltà di attingere alle risorse economiche messe a disposizione dai privati nell'ambito dello sviluppo urbanistico rappresenta per l'Amministrazione il modo più efficace per conseguire gli obiettivi prefissati dalla legge. Allo strumento pianificatorio per eccellenza (il PRG), si è affiancato con frequenza progressiva il modulo consensuale avente ad oggetto l'urbanizzazione primaria e secondaria tramite lo schema della convenzione.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si può affermare che lo sviluppo di Coroglio dipende, tra l'altro, anche dalla scelta dello strumento pianificatorio che ne decreta in qualche modo le sorti.

La vasta area che comprende il litorale di Bagnoli e tutta la zona industriale ad oggi quasi completamente bonificata rappresenta una risorsa per l'intera area metropolitana sia in termini economici per l'alto potenziale di sviluppo turistico, abitativo e culturale che la riguarda; sia sotto il profilo dell'impiego di nuova forza lavoro e degli impegni finanziari che comporta.

Resta determinante l'aspetto che concerne più da vicino l'esigenza di individuare forme di cooperazione con i privati che soddisfino in maniera adeguata gli interessi di questi ultimi e quelli pubblici.

Dunque, pur senza l'ausilio del ricorso a modelli di "partnership" con la mano pubblica, si tratta di ipotizzare strumenti idonei a garantire la realizzazione di attività preliminari di studio, di progettazione e di

ricerca. Al contempo, si rende necessario agevolare l'esecuzione degli interventi sul territorio.¹⁴⁸

In particolare, la necessità di coniugare il perseguimento degli interessi pubblici con forme consensuali di urbanizzazione comporta che ai privati vada attribuito l'esercizio di funzioni oggettivamente pubbliche anche nella gestione del territorio che risulta, come noto, storicamente riservata in via esclusiva agli enti pubblici in posizione di supremazia.

Quest'ultimo, rilevante aspetto non può non essere recepito e – auspicabilmente- salvaguardato dal Legislatore statale.

¹⁴⁸ A.M. Balestrieri, *“Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati tra discrezionalità amministrativa ed autonomia privata”*, in *“Presente e futuro della pianificazione urbanistica”*, cit., p. 129

Indice degli autori

Allegretti, 24
Amorosino, 131
Balestrieri, 141
Benvenuti, 25
Breccia, 11
Bruti Liberati, 51,57,64,79,91,101,109
Camdian, 94,95,137
Cammeo, 10
Caringella, 119,121
Casetta, 5,47
Cerreto, 84
Cerulli Irelli, 18,21,29,49,63,91
Cintioli, 30
Civitarese Matteucci, 18,23,24,26,64,89,91,131
Contieri, 132
Corso, 10
Costantino, 94
Crosetti, 36
Cudia, 118
Domenichelli, 78
F.Saitta, 86
Falcon, 34,38,98,99,100
Ferrara, 27,87,88,89
Ferrari, 36,128
Formentin, 78
Forti, 80
Fracchia, 30,46,91
Franchini, 34
Fuoco, 16
Gallo, 80
Gambaro, 94,95,137
Giacchetti, 9,19
Giannini, 6,32, 37,96
Gola, 55
Greco, 91,107,108
Guicciardi, 95,96
Iannotta, 19,31
Immordino, 34,91
Ledda, 34,38,96
Magri, 24
Manfredi, 57
Manganaro, 73
Marzuoli, 24,34,115,118
Mazzarelli, 94
Mazzarolli, 55,72,78,95,109
Merusi, 8, 29,42
Morbidelli, 90
N.Saitta, 21
Napolitano, 10,12,17
Nigro, 7,78,82
Orsi Battaglini, 115,116
Pagliari, 113
Paolantonio, 15
Pericu, 15,22,43,55,72,78
Poli, 116
Police, 15,30
Predieri, 87
Pugliese, 128
Rallo, 60
Ranelletti, 98
Renna, 54,91
Romano Tassone, 85
Romano, 43,55,72,78
Rossi, 5,11
Roversi Monaco, 55,72,78
Ruffolo, 87
Sala, 101
Scoca, 4,13,22,30,55,72,74,78,91
Spagnuolo Vigorita, 16,43,98
Stella Richter, 130,137
Trimarchi Banfi, 16,17,23,31
Urbani, 89,131
Vettori, 36
Zito, 15