SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

Dottorato di Ricerca in Diritto Pubblico
Curriculum: **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Ciclo: **XXXII**

Titolo: ***"L'amministrazione per accordi nell'esperienza urbanistica"***

Dottorando:

DOTT. ROCCO MOTOLESE

Tutor:

CHIAR.MO PROF. MARCO D'ALBERTI

Anno Accademico **2019 - 2020**

«L'inferno dei viventi non è qualcosa che sarà; se ce n'è uno, è quello che è già qui, l'inferno che abitiamo tutti i giorni, che formiamo stando insieme. Due modi ci sono per non soffrirne. Il primo riesce facile a molti: accettare l'inferno e diventarne parte fino al punto di non vederlo più. Il secondo è rischioso ed esige attenzione e apprendimento continui: cercare e saper riconoscere chi e cosa, in mezzo all'inferno, non è inferno, e farlo durare, e dargli spazio.»

(Italo Calvino, Le città invisibili, 1972)

Sommario

Introduzione. 4

PARTE I - Il potere amministrativo fra contratto e provvedimento 9

CAPITOLO 1 - Il contratto di diritto pubblico. 10

1. Il contratto di diritto pubblico in Europa. 10

Il contratto di diritto pubblico nell'esperienza tedesca. 12

Il contratto di diritto pubblico nell'esperienza francese. 14

Brevi cenni conclusivi. 17

2. Il contratto di diritto pubblico in Italia. 18

La scuola italiana di diritto pubblico. 18

Il pensiero di Oreste Ranelletti. 20

Le aperture al contratto di diritto pubblico. 24

Brevi cenni conclusivi. 29

3. Il rapporto fra potere e contratto nella seconda metà del XX secolo. 30

Brevi cenni introduttivi. 30

Il pensiero di Giannini e Ledda. 31

L'approccio "realista" e la valorizzazione della componente negoziale. 37

Il ritorno alla categoria del contratto di diritto pubblico. 40

Brevi cenni conclusivi. 43

CAPITOLO 2 - L'attività contrattuale della pubblica amministrazione alle soglie del XXI secolo. 44

1. Contenuto e limiti della capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni. 44

L'attività amministrativa fra provvedimento e contratto: considerazioni conclusive. 52

2. Gli accordi amministrativi nella legge 7 agosto 1990, n. 241. 55

Brevi cenni introduttivi. 55

L'art. 11: analisi della fattispecie. 58

L'art. 11: natura dell'accordo. 59
Il regime giuridico. 64

3. Gli accordi di diritto pubblico nel diritto europeo. 70

4. Conclusioni. 73

PARTE II - L'urbanistica consensuale 78

CAPITOLO 3 - L'urbanistica consensuale: inquadramento storico. 79

1. La convenzioni urbanistiche come strumento urbanistico. 79

2. Le convenzioni urbanistiche nella seconda metà del XX secolo. 83

3. Brevi cenni conclusivi. 90

CAPITOLO 4 - La pianificazione per accordi. 95

1. I mobili confini dell'urbanistica consensuale. 95

2. La pianificazione urbanistica nella legge 17 agosto 1942, n. 1150..... 103

La rigidità del piano regolatore. 107
La discriminatorietà delle norme del piano. 108
Il nodo delle risorse finanziarie. 110

3. La flessibilità del piano: strumenti normativi a confronto. 115

Il Programma integrato di intervento. 116
Le società di trasformazione urbana. 118
Il permesso di costruire convenzionato e il permesso di costruire in deroga. 120

4. "Le nuove frontiere dell'urbanistica": dalla pianificazione per provvedimenti alla pianificazione per accordi. 123

La destrutturazione del piano regolatore. 124
Il ruolo del privato nella dotazione di infrastrutture pubbliche. 128
Misure perequative e accordi al vaglio della proporzionalità. 142

5. L'urbanistica consensuale nel diritto europeo. 155

Il consolidamento dei principi del caso Bicocca: la Determinazione dell'AVCP n. 4/2008. 159

Il nuovo art. 20 del d.lgs. 18 aprile 2019, n. 50, Codice dei contratti pubblici. 161

6. Conclusioni. 165

CAPITOLO 5 - La disciplina urbanistica nell'esperienza della Emilia Romagna. 167

1. Brevi cenni introduttivi. 167

2. La legge urbanistica dell'Emilia Romagna 24 marzo 2000, n. 20. 168

3. La legge regionale urbanistica del 21 dicembre 2017, n. 24..... 174

Conclusioni...... 184

Bibliografia. 191

Introduzione.

Il rapporto fra contratto e potere amministrativo ha tradizionalmente costituito motivo di vivace dibattito dottrinale, sovente risolto nel verso di un'insanabile e apparente inconciliabilità fra istituti appartenenti a categorie strutturalmente eterogenee.

Come ricordato da Guido Greco, nell'introduzione al lavoro *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*[1], tale convincimento avrebbe radici risalenti nel tempo, derivando, infatti, dalla teorizzazione di Otto Mayer dell'azione amministrativa come necessariamente unilaterale.

A dispetto dell'iniziale chiusura dogmatica, l'Autore ricorda tuttavia come il fenomeno della contrattualizzazione del potere abbia comunque rappresentato una feconda costante nella speculazione dogmatica, tanto da animare un parallelo e complesso dibattito in merito all'ammissibilità astratta di un "contratto di diritto pubblico", ovvero di un contratto, per dirla con le parole di Nigro, *"avente per oggetto proprio lo svolgimento o il non svolgimento di funzioni pubbliche"*[2].

La copiosa costruzione a tratti "chimerica" del contratto di diritto pubblico risultò peraltro percepita, dalla prevalente opinione dogmatica, come un problema eminentemente interpretativo idoneo a catalizzare, in una convulsa trama di teorizzazioni, talvolta dense di preoccupazioni metagiuridiche, istituti cardine del sistema.

Tali teorizzazioni non risultarono peraltro neppure sopite per l'effetto dell'introduzione, con la legge sul procedimento amministrativo del 7 agosto 1990, n. 241, dell'accordo amministrativo, il quale, infatti, pur fugando, da un lato, ogni dubbio in merito all'astratta negoziabilità del potere, aprì, dall'altro, un diverso e complesso dibattito in ordine all'essenza medesima del nuovo istituto. Insomma, per dirla con le parole dello stesso Greco, *"si tratta di un vero e proprio letto di Procuste"*[3].

---

[1] Cfr. G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 3.
[2] Cfr. M.NIGRO, *Conclusioni*, in MASUCCI (a cura di), *L'Accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni del Formez*, Roma, 1988, p. 86.
[3] Cfr. G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, pp. 4 e ss.

Nonostante il pregnante rilievo dogmatico indicato, il problema del rapporto fra contratto e potere amministrativo si caratterizzò peraltro, sotto altra prospettiva, per una dimensione e riverbero propriamente pragmatici.

Complice infatti una rinnovata e sopravvenuta concezione della relazione intercorrente fra legge e amministrazione, il contratto si impose progressivamente quale naturale e fisiologico termine dell'azione amministrativa rilevando, conseguentemente, come uno fra i principali mezzi di cura concreta degli interessi pubblici, a disposizione dell'autorità[4].

In un rinnovato contesto socio-economico nel quale nulla, contrariamente a quanto in precedenza creduto, appariva precostituito in modo fissile, emerse infatti la correlata esigenza di ricercare strumenti capaci di garantire l'adeguata emersione nonché la corretta soluzione dei conflitti espressione della società, dei quali

[4] Originariamente, in linea con l'influenza della giuspubblicistica tedesca del secondo dopoguerra, la relazione indicata era invero concepita nel verso della prevalenza della norma di legge rispetto all'amministrazione dovendo, quindi, quest'ultima limitarsi a dare seguito ad un assetto di interessi compiutamente definito dalla prima. In altri termini, secondo tale prospettiva, l'intera giuridicità, nonché la medesima *mission* dell'autorità venivano risolte all'interno di un perimetro di stretta legalità. L'abbandono di tale tesi, frutto di un appiattimento più ideologico che reale, venne tuttavia progressivamente compiuto all'indomani dell'ascesa del cd. Stato sociale, culminata con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 (Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* Torino, 1992, pp. 8-10). L'emersione di nuovi ed antitetici interessi nonché l'asserita e sopravvenuta incapacità della norma di legge ad "imbrigliare" compiutamente una realtà dinamica, contenutisticamente complessa come quella attuale, gettò, infatti, le basi per una rinnovata idea del ruolo dell'amministrazione, intesa non già quale mera esecutrice del contenuto della fonte legale quanto invece quale reale protagonista nell'attuazione dei principi e scopi di una sopravvenuta legalità "debole" (Cfr. Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., pp. 10-14). In altri termini, secondo tale ulteriore prospettiva, l'amministrazione, muovendo fra le pieghe di una mutata legalità flessibile, diviene costante interprete ed arbitro di conflitti intestini alla realtà normata, atteggiandosi quindi quale intermediario fra politica ed economia (Cfr. G.BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa,* in *Scritti in onore di M.S. Giannini,* Vol. II, Milano, 1988, p. 56.). Il rinnovato contesto nel quale l'amministrazione venne chiamata ad operare non poteva che quindi doverosamente incidere, da un lato, sulla fisionomia e organizzazione dell'autorità medesima e, dall'altro, sull'individuazione di adeguati strumenti di risoluzione di conflitti la cui composizione è direttamente demandata alla stessa dalla norma di legge. In relazione al primo punto, occorre ricordare come la morfologia dell'amministrazione risulti strettamente embricata alla realtà storica ad essa coeva atteggiandosi invero l'autorità pubblica, come affermato da Berti, quale *l'altra faccia dell'ordinamento,* idonea a riflettere, in modo plastico, la complessità della società ad essa contemporanea Cfr. (G.BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa,* in *Scritti in onore di M.S. Giannini,* Vol. II, Milano, 1988, op. cit., p. 55.). In relazione al secondo punto, occorre invece precisare come la maggior complessità sopravvenuta dell'oggetto dell'azione amministrativa non poteva che determinare una maggior complessità del paniere di strumenti a disposizione dell'autorità pubblica nell'esercizio delle relative funzioni.

l'amministrazione, nell'alveo dei principi e direttive a monte impartite dalla norma di legge, si fa selezionatrice ed interprete.

In altri termini, da una dimensione squisitamente statica dell'amministrazione, stretta fra automatismi e meccanici incastri procedurali, si passava dunque a una rinnovata prospettiva dell'agire pubblico teso a mettere a nudo la reale consistenza di contrasti effettivi, reali, che intendono prepotentemente emergere nella loro dimensione reale[5].

In un così mutato quadro relazionale e fattuale il contratto non poteva che dunque essere il naturale termine dell'azione amministrativa, essendo lo stesso strumento fisiologico di composizione del conflitto fra opposti interessi[6].

Mediante il contratto si individua, infatti, uno spontaneo ordine degli stessi teso nel verso della realizzazione di un comune scopo che le parti che vi aderiscono concorrono, in pari misura, ad individuare. Ogniqualvolta interviene uno scambio contrattuale, l'autonomia negoziale si fa dunque garante di uno *scambio prezioso* teso nel verso dell'ottimizzazione delle pretese di ciascuna delle parti contrenti[7].

La relazione dinamica fra contratto e conflitto nell'esercizio delle funzioni pubbliche, risulta peraltro di per sé evidente proprio in relazione alla materia urbanistica, motivo di studio del presente lavoro, il cui oggetto, il territorio è

---

[5] Cfr. G.BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., p. 54.

[6] L'emersione del contrattualismo amministrativo appare peraltro, nella riflessione dogmatica, tradizionalmente connesso alla logica squisitamente economica dell'effettività dell'azione amministrativa, ponendosi, infatti, lo strumento negoziale, per la sua intrinseca elasticità e capacità di adattamento, quali strumento capace di supplire a quelle difficoltà applicative connesse al ben più rigido principio di legalità cfr. G.CORSO, *Gli accordi di programma,* in *L'accordo nell'azione amministrativa,* op. cit., p. 51. Conclusioni del tutto analoghe a quelle descritte sono altresì proposte da Nigro, il quale parimenti individua nell'accordo un modulo capace di veicolare nell'azione amministrativa istanze di efficienza, garantendo infatti esigenze di coordinamento e razionalizzazione del pluralismo amministrativo rispetto agli scopi ed oggetti che le medesime amministrazioni sono chiamate a realizzare. L'Autore, nella disamina del rapporto fra accordo e potere, salda altresì il problema del contrattualismo amministrativo alla ricerca di nuove forme di legittimazione del potere dei soggetti pubblici. In altri termini, secondo tale prospettiva, per mezzo della proliferazione di moduli consensuali, si passerebbe da una forma di legittimazione verticale del potere, il cui consenso emerge *per la via lunga e tortuosa della responsabilità ministeriale,* ad una di tipo orizzontale in cui il consenso delle parti che vi aderiscono opera come fonte diretta di legittimazione del potere. Cfr. M.NIGRO, *Conclusioni*, in MASUCCI (a cura di), *L'Accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni del Formez*, Roma, 1988, pp. 80-82.

[7] Cfr. R.SACCO, *Il contratto,* Vicenza, 2016, p. 15.

tradizionalmente termine di una pluralità di interessi fra di essi antitetici che trovano una loro composizione in sede di pianificazione del suolo[8].

A fronte dunque della fisiologica complessità della presente disciplina non stupisce quindi come la stessa sia da sempre stata pervasa dal ricorso a moduli convenzionali i quali, all'ombra di una dottrina divisa in merito alle forme e presupposti della negoziabilità del potere pubblico, delinearono inedite forme partenariali di pianificazione del suolo, nelle quali, pubblico e privato concorrono, in pari misura, a dettare le regole di trasformazione del suolo[9].

---

[8] La spiccata conflittualità propria della disciplina urbanistica è colta da Urbani, nel quadro dell'analisi dell'urbanistica consensuale, ove infatti afferma come l'urbanistica, fra tutte le attività proprio dell'amministrazione, è quella oggetto dei più grandi contrasti fra pubblico e privato (cfr. P.URBANI, *la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000, p. 21). La complessità di interessi che pervade la disciplina in esame appare peraltro plasticamente resa dalla nota definizione di urbanistica offerta dalla giurisprudenza, secondo la quale *"l'urbanistica e il correlativo esercizio del potere di pianificazione, no possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. Uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli - non in astratto, bensì in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi –, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, sia delle esigenze economico – sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione "de futuro" sulla propria stessa essenza, svolta - per autorappresentazione ed autodeterminazione - dalla comunità medesima, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora , attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio. In definitiva, il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contemperata di una pluralità di interessi pubblici che trovano il loro fondamento in valori costituzionalmente garantiti"* (Cfr. Cons. St., Sez. IV, sentenza del 10 maggio 2012, n. 2710).

[9] In tema di amministrazione per accordi in materia urbanistica, si veda: Cfr. V.MAZZARELLI, Le convenzioni urbanistiche, Bologna, 1979; Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in F. PUGLIESE – E. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, Milano, 1999, p. 167; Cfr. P. URBANI, *L'urbanistica consensuale*, *la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000; Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale, alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici,* Bollati Boringhieri, Torino, 2001; Cfr. G.PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, in Rivista giuridica dell'Urbanistica, 4/2008, p. 474 ss.; Cfr. M.MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 4/2004, p. 546 ss.; Cfr. P.URBANI, *Le nove frontiere del diritto urbanistico,* Giappichelli, Torino, 2014; Cfr. M.QUAGLIA, *Urbanistica consensuale,* in Trattato di diritto del territorio, a cura di P.URBANI-P.STELLA-RICHTER-F.G.SCOCA, Giappichelli, Torino, 2018.

Posto quanto detto risulta dunque di tutta evidenza come un lavoro come il presente, che senza alcuna velleitaria pretesa di esaustività intenda affrontare l'ambizioso tema del rapporto fra contratto e potere amministrativo in materia urbanistica, non può che seguire una duplice prospettiva di analisi che dal piano della speculazione giuridica passi a quello contiguo della prassi. In altri termini, una corretta ed esaustiva analisi del problema non può che esigere un'integrata disamina dei piani indicati al fine quindi di offrire, attraverso una stretta sovrapposizione degli stessi, una prospettiva di respiro e natura orizzontale tesa adeguatamente a scandagliare il vivo ed annoso problema della relazione fra contratto e potere pubblico.

A tal fine, il lavoro sarà concettualmente suddiviso in due differenti parti fra di esse interagenti: la prima sarà deputata alla disamina del problema di carattere generale dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico, problema dogmatico da rileggere alla luce dell'attuale quadro positivo; la seconda avrà invece ad oggetto l'analisi delle principali esperienze consensuali progressivamente emerse in sede di pianificazione del suolo costituente tradizionalmente, uno dei principali banchi di prova della negoziabilità del potere pubblico.

PARTE I - Il potere amministrativo fra contratto e provvedimento

CAPITOLO 1 - Il contratto di diritto pubblico.

1. Il contratto di diritto pubblico in Europa.

Il contratto di diritto pubblico rappresenta una complessa problematica dogmatica[10], la cui disamina si impose sin dalla nascita dei moderni sistemi di diritto amministrativo[11].

---

[10] Fra i diversi contributi aventi scandagliato la tematica del contratto di diritto pubblico nonché, più in generale, il rapporto fra provvedimento e contratto si vedano: cfr. B.CAVALLO, *Procedimento amministrativo e attività pattizia,* in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza,* Giappichelli, Torino, 2000; M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa,* Roma, 1962; cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (contributo ad uno studio dei cd. contratti di diritto pubblico),* Torino, 1965; cfr. F.P.PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione,* in *Riv. Trim. dir. pubbl.,* 1971; cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 1981; cfr. G.FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri,* Giuffrè, 1984; cfr. R.FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; cfr. A.MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali,* Napoli, 1988; M.NIGRO, *Conclusioni,* in *L'accordo nell'azione amministrativa,* op. cit; cfr. A.MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli consensuali,* Jovene, 1988; cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* Giuffrè, Milano, 1992; cfr. E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, Milano, 1996; cfr. S.CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; cfr. 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; cfr. P.PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998; cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, oggi in *Scritti giuridici,* Padova, 2002, p. 1 ss.; cfr. G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.; cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. SCOCA – F. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2003, p. 55 ss.; cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa negoziale*, in *Dir. amm.*, 2/2003, p. 217 ss.; cfr. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, 2012; cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato,* Jovene, 2016.

[11] Per lungo tempo la dottrina ha discusso in merito all'individuazione del momento della nascita del diritto amministrativo. Da un lato, vi erano infatti Autori, quali Gian Domenico Romagnosi, che ravvisavano nel diritto amministrativo una scienza del tutto nuova, invero assente in epoche pregresse; dall'altro vi erano invece altri che, pur perorando la novità della scienza, ritenevano da sempre esistita la relativa materia. Ancorché infatti la scienza del diritto amministrativo fu prodotto di una speculazione dogmatica storicamente recente, risultava invero indubbio come la relativa "materia" fosse da sempre esistita pur non essendo stata debitamente razionalizzata. Già infatti nelle più risalenti esperienze, cinesi, romane e spartane si assiste all'emersione di apparati e organizzazioni burocratiche ancorché non adeguatamente razionalizzate ed elevate a sistema. "*Erano stato merito dei Francesi, si diceva, riuscire a tanto, apportando un contributo alle sorti dell'umanità che accresceva loro un nuovo blasone".* La prospettiva descritta proiettò peraltro i propri epigoni per lungo tempo tanto da spingere alcuni Autori a ravvisare atti amministrativi dei consoli e degli imperatori romani ovvero concessioni di servizi pubblici in relazione a diritti

In via di prima approssimazione, rinviando alla già indicata nota nozione del Nigro, il contratto di diritto pubblico può essere inteso come contratto avente ad oggetto l'esercizio o il non esercizio del potere. In altri termini, tale istituto costituirebbe una modalità di esercizio del potere del tutto alternativa rispetto a quella provvedimentale, per mezzo della quale, da una logica propriamente verticale di cura dell'interesse pubblico, riservata in via esclusiva all'amministrazione, si passa ad una di carattere squisitamente orizzontale, nella quale pubblico e privato concorrono, in pari misura, a definire il concreto assetto di interessi inciso dal potere[12].

La tematica del contratto di diritto pubblico, attesa la sua stretta inerenza al potere, è problematica da ascrivere in un contesto di norme e principi propriamente amministrativi, che fungono dunque da perimetro concettuale all'interno del quale il presente istituto va adeguatamente ricostruito e razionalizzato.

A dispetto di siffatta collocazione, il contratto di diritto pubblico si caratterizza pur sempre per un'indubbia forma e dimensione privatistica, idonea quindi a delineare, nel convulso rapporto e tensione con l'interesse pubblico, una disciplina ad esso applicabile dal contenuto ibrido, costantemente tesa fra diritto pubblico e privato. Disciplina molto spesso concepita, nelle diverse costruzioni susseguitesi, come derogatoria rispetto a quella del contratto di diritto comune, attributiva dunque al

---

dell'antichità e del medio evo. La solidità della presente posizione risultò tuttavia ben presto scalfita dalla consapevolezza maturata, nel quadro di un'analisi comparatistica, che esperienze estere, segnatamente quella inglese e statunitense, risultavano prive di un diritto amministrativo. Il che, a ben vedere, diede luogo ad un vivace dibattito dottrinale fra i giuristi continentali divisi fra chi riteneva che tali Paesi fossero da considerarsi come sottosviluppati e chi al contrario sosteneva che in tali casi il diritto amministrativo fosse ancora in fase di formazione. La spiegazione al quesito fu quindi ravvisata nel fatto che non solo la scienza del diritto amministrativo era da considerarsi nuova ma anche il ramo del diritto ovvero la sua normazione fosse da considerarsi tale. Conseguentemente, solo in presenza di un quadro positivo regolatore del diritto amministrativo poteva ragionevolmente auspicarsi l'emersione di un sistema di diritto amministrativo potendo dunque in conclusione sostenere "*che avanti la Rivoluzione francese il diritto amministrativo non esisteva"*. Cfr. M.S.GIANNINI, in *Enc. Dir.,* XII, Milano, 1964, p. 855 e ss.; sul rapporto fra nascita dello Stato di diritto e del sistema di diritto amministrativo cfr. L.MANNORI-B.SORDI, *La storia del diritto amministrativo,* Laterza, Roma-Bari, 2003, p. 320 e ss; sulla nascita dei sistemi di diritto amministrativo altresì nei Paesi di common law, tesa fra il pensiero di Albert Dicey e il realismo normativo impostosi nel XX secolo Cfr. M.D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato,* Bologna, 1993, p. 63 e ss.

[12] Cfr. R.FERRARA, *Gli accordi*, op. cit., p. 2.

soggetto pubblico di un insieme di prerogative e poteri idonei ad incidere unilateralmente sulle sorti del rapporto che dallo stesso promana.

Il contratto di diritto pubblico nell'esperienza tedesca.

Coerentemente con quanto affermato in dottrina, le origini del contratto di diritto pubblico sono da ravvisarsi nella speculazione della dogmatica tedesca di Laband e Apelt[13].

Oggetto di disamina, da parte di tali Autori, fu l'individuazione del reale peso che la volontà del privato assumeva in relazione a fattispecie nelle quali la manifestazione unilaterale dell'autorità appariva del tutto inidonea a giustificarne contenuto ed effetti[14].

Il campo di applicazione dell'istituto, di matrice squisitamente dogmatica, appariva invero circoscritto ad ipotesi quali la concessione di cittadinanza e la costituzione del rapporto di impiego pubblico, ovvero a fattispecie in relazione alle quali, Laband, dando enfasi a quella asimmetria fisiologica insita negli stessi, individuò la nota costruzione dei contratti di diritto pubblico di assoggettamento (*Subjektionsvertrag*)[15].

Il ricorso alla figura del contratto, figura invero intesa come generale e applicabile tanto al diritto pubblico che privato, era quindi in tali occasioni, motivato dalla esigenza di giustificare l'assoggettamento del privato nonché la correlata limitazione della sfera giuridica, pur in assenza di un potere normativamente previsto, idoneo unilateralmente, a sortire l'effetto medesimo[16].

L'impiego della fattispecie negoziale era quindi concepito, secondo tale prospettiva, come mezzo teso a stemperare i limiti, concettuali ed interpretativi, correlati ad un rigido inquadramento delle fattispecie indicate in categorie esclusivamente

---

[13] Cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto*, op. cit., p. 10 e ss.

[14] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit. p., 34; , In tali casi veniva, conseguentemente, a repentaglio il medesimo dogma della manifestazione unilaterale dell'autorità. Cfr. A.MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali,* op. cit., p. 32 e ss.

[15] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 35.

[16] Cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 18 e ss.

pubblicistiche, incapaci, per ciò solo, a garantire un'adeguata razionalizzazione del plesso di rapporti intercorrenti fra cittadino e amministrazione.

Dall'analisi della suddetta posizione, appare quindi del tutto evidente la distanza rispetto al pensiero di Mayer il quale, infatti, postulata la supremazia dell'amministrazione pubblica, nonché la sua attitudine ad incidere direttamente nella sfera giuridica del privato, aveva invero radicalmente escluso che moduli contrattualistici potessero trovare luogo in rapporti strutturalmente asimmetrici quali quelli intercorrenti fra autorità e privato[17].

In linea dunque con la posizione anticontrattualistica descritta, contrariamente alla costruzione elaborata dal Laband, il Mayer individuò quindi, nelle fattispecie su indicate, la peculiare categoria degli atti amministrativi (autoritativi) su sottomissione (*Verwaltungsakt auf Unterwerfung*)[18].

A dispetto della relativa autorevolezza, la rigida posizione dell'Autore non trovò invero seguito nella successiva speculazione dogmatica, maggiormente propensa invero ad ammettere contaminazioni ed aperture del diritto amministrativo a strumenti e principi del diritto privato.

Complice infatti il crescente ruolo prestazionale dell'amministrazione, cominciarono progressivamente ad imporsi, nella speculazione di autori quali l'Apelt, un insieme di crescenti ambiti relazionali e posizioni di parità fra autorità e cittadino del tutto distanti dalle descritte e risalenti posizioni del Mayer.

---

[17] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, op. cit., p. 41.

[18] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 35; L'opera del Mayer rappresentò peraltro occasione per una complessiva rivisitazione del sistema di diritto amministrativo tedesco. A fronte dell'emersione di una nuova branca giuridica, quale quella amministrativa, l'attenzione della dottrina fu infatti catalizzata dall'esigenza di offrire un'adeguata razionalizzazione dello stesso, individuando quindi le opportune coordinate interpretative all'interno del quale riassumerlo Cfr. L.MANNORI-B.SORDI, *La storia del diritto amministrativo,* op. cit. p. 353 e ss.; Tale complessa opera di razionalizzazione fu dunque compiuta in Germania, come anticipato, dal Mayer il quale, invero influenzato dalla coeva esperienza francese, (Cfr. M.FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo,* in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico",* XXXIII., 1983, p. 610 e ss.) delineò un sistema di diritto amministrativo concettualmente munito di propria autonomia rispetto ad ulteriori branche e settori dell'ordinamento giuridico. In particolare, in tale opera di razionalizzazione, il principale strumento di ampliamento dei confini del diritto amministrativo nonché di affermazione della sua specialità, fu ravvisato dall'Autore nella nozione di atto amministrativo, ovvero di atto inteso quale manifestazione propria del pubblico potere idoneo, in virtù dell'imperatività propria, ad imporsi unilateralmente nei confronti del cittadino. Cfr. B.G.MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, CEDAM, 2000, p. 77.

Più in generale, grazie altresì all'emersione delle teoriche di doppio grado o dualistiche, cd. *Zweinstufentheorie,* delle quali si tratterà più diffusamente nel prosieguo, si cominciarono a delineare con maggior chiarezza le basi concettuali dell'istituto del contratto di diritto pubblico, che troverà peraltro successivamente una propria compiuta razionalizzazione solo nella ben nota codificazione del procedimento amministrativo, avvenuta con la legge del 1976[19].

Il contratto di diritto pubblico nell'esperienza francese.

Conclusioni del tutto analoghe a quelle espresse nella prima riflessione dogmatica tedesca furono altresì formulate, nel quadro dell'esperienza francese[20], ove

[19] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, op. cit., p. 41. Se da un lato, la codificazione del contratto di diritto pubblico, nel paragrafo 56, aveva fugato ogni dubbio circa l'ammissibilità di un esercizio del potere autoritativo in forma negoziale, dall'altro la dottrina e la giurisprudenza cercarono, in un complesso sforzo classificatorio, di distinguere la presente fattispecie rispetto a quelle ad esso contigue del contratto di diritto comune nonché dell'atto amministrativo a partecipazione necessaria. Rispetto al primo, si sostenne quindi che il contratto di diritto pubblico non poteva che distinguersi sul piano della disciplina, costantemente tesa fra il procedimento e il contratto risultando comunque l'agire della pubblica amministrazione, ancorché mediante forme negoziali, un agire squisitamente pubblicistico (Cfr. G.FALCON, *Le convenzioni,* op. cit., p. 51). Rispetto al secondo il contratto di diritto pubblico veniva invece a differenziarsi sul piano genetico risultando infatti pur sempre frutto dell'incontro della volontà tanto del soggetto pubblico quanto di quello privato e non già prodotto di un potere unilaterale in relazione al quale il consenso del privato si atteggerebbe a mero presupposto applicativo (Cfr., A.MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli consensuali*, op cit., p. 154).

[20] Anche in Francia, analogamente a quanto avvenuto in Germania, l'attenzione della dottrina amministrativa fu catalizzata dall'esigenza di individuare salde coordinate interpretative all'interno delle quali ricondurre il sistema di diritto amministrativo. Nell'indicato processo interpretativo la tendenza fu dunque quella della sottoposizione dell'azione amministrativa a regole e principi autonomi che assicurassero, da un lato, una maggiore giuridicizzazione del potere, mentre, dall'altro, l'attribuzione all'amministrazione di mezzi speciali che garantissero l'ottimale e spedito esercizio delle funzioni ad essa attribuite. Da un insieme di regole derogatorie al diritto privato si passa quindi ad un autentico sistema autonomo, retto da norme e concetti propri. Norme e concetti che delineano istituti del tutto sconosciuto al diritto privato quali: il *service public,* l'*exces de pouvoir,* e la *responsabilitè administrative.* (Cfr. M.D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato,* Bologna, 1993, p. 35.). In Francia, l'affermazione della specialità del diritto amministrativo risultò storicamente frutto della riflessione giurisprudenziale la quale, a partire dal celebre *Arret Blanco,* contribuì infatti a definire i limiti dell'applicazione delle norme del diritto comune ai rapporti amministrativi (Cfr. YVES GAUDEMET, *Cinquant'anni di diritto amministrativo francese,* in *Le nuove mete del diritto amministrativo* (a cura di M.D'ALBERTI), Bologna, il Mulino, 2010, pp. 115-141). La specialità del diritto amministrativo, emersa nel formante pretorio, trovò altresì un fecondo e solido ancoraggio nella coeva speculazione dogmatica la quale, parimenti, in un'opera di sistemazione e analisi della materia, delineò un *regime administratif* capace di caratterizzare, in quanto statuto tipico dell'autorità pubblica, qualsivoglia manifestazione della stessa. Il predetto regime veniva in particolare a sostanziarsi in un insieme di caratteri idonei a distinguere i Paesi a *regime administratif* da quelli *sans regime administratif.* In

parimenti, dottrina e giurisprudenza analizzarono il complesso rapporto intercorrente fra potere e contratto.

In particolare, in tale esperienza, dirimente fu il contributo dogmatico di Laferriere, il quale individuò, nella fattispecie delle concessioni di servizio pubblico, un atto dalla formale natura contrattuale, pur sempre connotato da elementi propri dell'atto amministrativo, strutturalmente quindi distante dal contratto di diritto privato[21].

La costruzione dell'Autore poggiava invero sulla complessa tassonomia dell'attività contrattuale dello Stato quali attività divisa in: contratti *iure gestionis* (completamente regolati dal diritto privato), contratti conclusi per il raggiungimento di fini pubblici (ancorché pur sempre regolati dal diritto privato), e contratti nei quali l'Amministrazione agisce in una veste propriamente autoritativa, caratterizzati quindi da una struttura prossima a quella dell'atto amministrativo[22]. A seconda dunque della tipologia di contratto, di volta in volta considerata, veniva quindi a mutare il regime giuridico ad esso applicabile, spaziandosi quindi da un quadro di norme propriamente privatistiche a soluzioni maggiormente ibride frutto di una continua e complessa sovrapposizione di norme di diritto pubblico e privato.

Nell'esperienza francese, il problema del contratto di diritto pubblico o *contrat administratif,* ricevette peraltro sin da subito l'attenzione e il supporto speculativo della giurisprudenza, la quale, partendo da un insieme sporadico di testi normativi, elaborò progressivamente una "teoria generale dei contratti amministrativi", intesi

---

particolare, secondo l'Autore, esso implicava, fra i diversi presupposti: l'esistenza di leggi speciali concernenti l'azione del soggetto pubblico; la sottoposizione dell'azione amministrativa a controlli gerarchici interni; l'esecutorietà dell'atto amministrativo; la preclusione da parte del giudice ordinario di ingiungere l'amministrazione di prestare i relativi servizi; l'indiscussa supremazia dell'interesse pubblico. In relazione alla sistematica elencazione offerta da Houriu Giannini, ebbe successivamente a dire come nonostante la stessa non fosse da ritenersi completa, essa costituì comunque, da un lato, una prima "*prise de conscience*" della sostanza del diritto amministrativo - secondo l'espressione del Renard - mentre, dall'altro, contribuì a riflettere l'immagine del diritto amministrativo come diritto dell'autorità pubblica, ovvero come diritto dello *"Stato che agisce come Autorità"*. Cfr. M.S.GIANNINI, in *Enc. Dir.,* op. cit., p. 864.

[21] Per una più ampia disamina dell'esperienza francese Cfr. G.GRECO, *Accordi amministrativi,* op. cit., pp. 10 e ss. e 47 e ss., il quale, analizza l'opera di E.LAFERRIERE, *Traitè de la jurisdiction administrative*, Paris, 1887; Cfr. DE LAUBADERE-VENEZIA-GAUDEMET, *Droit administratif*, XV ed., Parigi, 1995, p. 339; Cfr. FLOGAITIS, *Les contrats administratifs*, Londra, 1998, p. 88: Cfr. RIVERO, *Droit Administratif*, Parigi, 1975, p. 111.

[22] La distinzione proposta dall'Autore riecheggiava, a bene vedere, quella proposta dallo stesso Laband il quale, parimenti distingueva l'attività contrattuale dello Stato, secondo la seguente tripartizione: contratti di diritto internazionale, contratti di diritto pubblico, e contratti di diritto privato. Cfr. G.GRECO, op. cit., p. 10.

come contratti sottoposti ad un regime di regole speciali rispetto a quelle del diritto comune[23].

Anche in tali casi, a dispetto della forma negoziale adottata, veniva in essere, secondo tale prospettiva, una manifestazione di *"puissance publique",* la quale, in quanto funzionale alla cura di interessi generali, non poteva che recare un insieme di prerogative e privilegi tali da porre il contraente pubblico su un piano di superiorità rispetto a quello privato[24].

Preliminare rispetto all'individuazione del regime giuridico applicabile ai contratti amministrativi risultò peraltro quella della specificazione di criteri discretivi idonei a distinguere i contratti di diritto comune da quelli in esame.

A tal fine, la giurisprudenza elaborò quindi un insieme di coordinate interpretative, di applicazione non cumulativa, mediante le quali dilatò progressivamente la categoria dei contratti di diritto pubblico anche a fattispecie, tradizionalmente inquadrate nell'ordinamento italiano come private[25].

Per l'effetto dell'apporto pretorio, venne quindi, nell'esperienza francese ad imporsi una categoria contrattuale dal contenuto ibrido, costantemente a cavallo fra diritto pubblico e privato, in relazione alla quale, prerogative e istituti propriamente privatistici venivano costantemente piegati e conformati alle ragioni di interesse pubblico[26].

---

[23] Cfr. G.GRECO, *Accordi amministrativi,* op. cit., p. 47.

[24] Cfr. G.GRECO, *Accordi amministrativi,* op. cit., p. 48 .

[25] Principale criterio discretivo di matrice pretoria, fu quello formale legale per mezzo del quale era da considerarsi amministrativo qualsivoglia contratto ascritto al perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo. Ulteriori criteri adottati dalla giurisprudenza furono poi quello dell'oggetto del rapporto (si pensi all'affidamento ed esecuzione di un servizio pubblico), ovvero quello della presenza di "clausole esorbitanti" la cui elaborazione viene formalmente fatta risalire alla nota pronuncia del *Conseil d'Etat* 31 luglio 1912, nonché in particolare alle conclusioni del commissario di governo Lèon Blum, nel *Grands arrets de la Jurisprudence administrative.* In particolare, secondo la giurisprudenza sarebbero esorbitanti: le clausole attributive alle parti di diritti ed obblighi del tutto estranei a quelli a quelli suscettibili di essere negoziati liberamente secondo le leggi civili e commerciali ovvero le clausole espressione di un potere pubblico e quindi del tutto estranee al contratto di diritto comune. Cfr. G.GRECO, *Accordi amministrativi,* op. cit., p. 49.

[26] Le principali deroghe rispetto al regime di diritto privato concernevano peraltro l'intero procedimento di formazione ed esecuzione del contratto. In altri termini, l'interesse pubblico veniva a pervadere ed innervare il rapporto complessivamente inteso, assicurando, mediante una continua flessione delle regole privatistiche, una costante coerenza dello stesso rispetto alla cura dell'interesse pubblico. Quanto alla fase di formazione, si riconosceva soprattutto nel caso delle concessioni di servizio pubblico, tradizionalmente intesi come rapporti nei quali assumeva un preponderante ruolo *l'intuitus personae*, la piena libertà dell'amministrazione nella selezione del concessionario. Amministrazione la quale peraltro risultava non solo libera nella scelta della

Brevi cenni conclusivi.

L'analisi dell'esperienze estere emerse in Francia e in Germania consente di cogliere alcune prime indicazioni in ordine al rapporto fra contratto e provvedimento.
All'indomani dell'emersione di moderni sistemi di diritto amministrativo la tendenza seguita fu quella di offrire una compiuta razionalizzazione degli stessi idonea a distinguerli in modo netto rispetto ad ulteriori branche dell'ordinamento giuridico. In tale opera di risistemazione il diritto amministrativo venne quindi ascritto entro un perimetro di rigide regole pubblicistiche delle quali il potere, nonché i connessi corollari, ne fungevano dunque da predicati.
Pur fermo l'inquadramento dogmatico descritto, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza si dimostrarono tuttavia a più riprese propense ad ammettere la complessa figura del contratto di diritto pubblico che già nelle prime teorizzazioni veniva a caratterizzarsi per quei due profili strutturali indicati in apertura: da un lato, l'inerenza al potere pubblico mentre, dall'altro, la specialità della disciplina ad esso applicabile rispetto a quella propria del contratto di diritto privato.
In particolare, il ricorso a siffatto istituto fu sovente motivato dalla frequente esigenza pragmatica di temperare alcuni limiti concettuali indotti da una ricostruzione del diritto amministrativo in un quadro di sole disposizioni e principi pubblicistici, che in una logica di razionalizzazione e chiusura del sistema apparivano quindi adeguatamente superabili per mezzo del rimedio contrattuale. Rimedio dalla natura duttile e generale capace, infatti, secondo la presente

---

controparte ma altresì munita della prerogativa di predisporre unilateralmente clausole che il privato avrebbe dovuto accettare senza alcun margine di negoziazione. Quanto poi al regime giuridico dell'invalidità pur ammettendosi l'applicazione delle categorie privatistiche negoziali permaneva comunque il riconoscimento dell'ammissibilità di impugnazione del rapporto da parte di terzi con ricorso per eccesso di potere ancorché lo stesso fosse formalmente diretto nei confronti dell'atto *"detachable"*. Maggiori specialità rilevavano da ultimo nella fase di esecuzione del contratto in relazione alla quale venivano in essere tanto il potere di revoca del rapporto quanto quello di modifica unilaterale del contenuto dello stesso, prerogativa quest'ultima attribuita all'amministrazione pubblica indipendentemente dalla previsione di un'espressa clausola nel contratto. Tale potere risulta infatti da sempre inteso come espressione di *puissance publique* capace di assicurare la costante coerenza del contratto con un interesse pubblico di per sé mutevole nel tempo. Il presente potere, peraltro riconosciuto in giurisprudenza e contestato in dottrina, non è tuttavia concepito come potere privo di limiti non potendo infatti ad esempio apportare una modifica sostanziale del rapporto originariamente concluso. Cfr. G.GRECO, *Accordi amministrativi,* op. cit. pp. 51-53.

prospettiva, da un lato, di dare una più solida spiegazione al contenuto ed effetti di rapporti che altrimenti non sarebbero stati spiegabili per mezzo di una mera logica unilaterale, mentre, dall'altro, a dar sfogo e tutela, attraverso una continua flessione della relativa forma e disciplina, all'interesse pubblico mediante gli stessi perseguito.

L'elaborazione tedesca e francese rappresentò peraltro motivo di ispirazione e studio altresì per la prima dottrina amministrativa italiana di inizio secolo la quale, infatti, parimenti, nel gravoso onere di risistemazione del sopravvenuto sistema di diritto amministrativo, si interrogò in merito all'annosa questione dell'ammissibilità di un contratto di diritto pubblico.

2. Il contratto di diritto pubblico in Italia.

La scuola italiana di diritto pubblico.

La riflessione dogmatica che per prima, nell'esperienza giuridica italiana, si occupò del contratto di diritto pubblico dimostrò, sin da subito, un insieme di riserve in merito alla ammissibilità astratta dello stesso.

Tali resistenze furono l'epilogo di un approccio interpretativo complesso che affonda le proprie radici nell'esperienza della Scuola Italiana di Diritto Pubblico del giurista palermitano Vittorio Emanuele Orlando, cui, come noto, si deve la prima organica ricostruzione del sistema di diritto amministrativo italiano.

In un vivace contesto interpretativo, quali quello di fine XIX Secolo, la Scuola Orlandiana si arrogò, infatti, il gravoso onere di "plasmare" il nuovo diritto amministrativo nazionale, rivendicandone un'autonomia scientifica e metodologica rispetto, non solo, ad altre scienze non giuridiche ma, altresì, con riferimento alla branca del diritto civile[27].

[27] Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit. p. 25.

Tale processo speculativo[28], contribuì quindi, in un complesso tentativo di emancipazione concettuale, a gettare le basi per l'affermazione della specialità ed autonomia del diritto amministrativo, le quali peraltro trovarono solo successivamente una compiuta razionalizzazione nelle teorizzazioni di Santi Romani, Ranelletti e Cammeo[29].

Il sopravvenuto quadro interpretativo, di rifondazione del sistema di diritto amministrativo, risultò invero altresì corroborato, da un lato, dal sensibile contributo profuso dal coevo sistema di giustizia amministrativa mentre, dall'altro, dal progressivo ampiamento delle funzioni e prerogative dei pubblici poteri in ambito economico e sociale. Pur nelle relative diversità, ambo i fattori descritti contribuirono infatti ad acuire e rinforzare la specialità dell'ordinamento amministrativo offrendo, conseguentemente, una più solida base ricostruttiva delle emergenti teorie[30].

---

[28] Il procedimento di formazione del diritto amministrativo risultò infatti il prodotto di due dominanti motivi del pensiero di Orlando. Il primo, di stampo politico, era costituito dalla polemica contro l'intrusione di sociologia, filosofia e politica nello studio del diritto amministrativo. Secondo l'Autore lo studio del diritto amministrativo avrebbe dovuto essere neutrale, teso quindi a ricavare il sistema direttamente dal quadro positivo senza alcun condizionamento pregresso. Il secondo era invece quello legato alla consapevolezza per cui la legge è riproduzione di un principio ad essa preesistente, essendo invero le norme giuridiche, e specie quelle fondamentali, frutto di una graduale e lenta evoluzione. Evoluzione nella quale rileverebbe un unico "sistema giuridico" risultante, al tempo stesso legge e dottrina, Stato e giurista. Come affermato successivamente da Giannini nell'opera di Orlando si caratterizza per quindi un vivo realismo animata infatti dalla consapevolezza per cui *"l'opera del giurista è di trarre il sistema dal reale".* Cfr. S.CASSESE, *Cultura e politica*, op.cit. pp. 23-24; Ancorché l'analisi svolta non risulti sovente fondata sotto un solido profilo tecnico-giuridico, continuandosi invero ad utilizzare una terminologia propria della materia contrattuale, l'autonomizzazione del diritto amministrativo realizzata per mezzo della pubblicizzazione dei rapporti amministrativi, appare, nell'opera di Orlando netta. Cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative,* op. cit., p. 72-73.

[29] Nonostante intercorressero profonde differenze fra gli Autori è indubbio che tanto i *Principii di diritto amministrativo* di Santi Romano del 1901, tanto con il *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa* e il *Corso di diritto amministrativo* di Cammeo del 1910-1911 e quanto con i *Principii di diritto amministrativo* di Ranelletti del 1912 si offre una compiuta risistemazione del progetto Orlandiano, delineando quindi un sistema coerente e sistematicamente coordinati. Cfr. B.SORDI, *Giustizia e amministrazione,* Giuffrè, 1985, p. 341.

[30] Ancorché, infatti, il nuovo sistema di giustizia amministrativa nacque al fine di offrire una più compiuta tutela del cittadino innanzi alle prerogative dei poteri pubblici pare indubbio come obiettivo ulteriore dallo stesso fosse quello del perseguimento di un ottimale equilibrio fra politica e giustizia al fine di assicurare un adeguato riparo dell'amministrazione dalle possibili degenerazioni del parlamentarismo. In tale frangente scopo della giustizia amministrativa era quindi quello di assicurare l'osservanza di un "diritto obiettivo" da ripristinare in giudizio in caso di legalità usurpata. L'emancipazione dal potere parlamentare nonché le forti riserve inizialmente espresse in merito ad un più ampio e penetrante sindacato sul potere amministrativo contribuirono quindi ad accentuare la specialità del diritto amministrativo offrendo in una più solida base pretoria

L'indicata linea teorica, tracciata nel solco dell'esperienza della Scuola Orlandiana, determinò, nell'opera di risistemazione concettuale del sistema di diritto amministrativo, una vera e propria "torsione pubblicistica" del sistema medesimo. Torsione, per l'effetto della quale, il diritto amministrativo venne progressivamente ascritto in un rigido perimetro di diritto pubblico nel quale potere e discrezionalità si atteggiavano a predicati esclusivi dell'azione amministrativa[31].
A fronte dunque di un sistema giuridico di recente emersione, avulso da chiare coordinate giuridiche di inquadramento, la dottrina optò quindi per una decisa e ferma lettura dello stesso in quadro concettuale squisitamente pubblico, imprimendovi una base dogmatica che varrà ad influenzare e condizionare lo stesso negli anni successivi.

Il pensiero di Oreste Ranelletti.

Le principali conseguenze dell'impostazione concettuale descritta furono, da un lato, la marginalizzazione dell'attività di diritto privato della Pubblica amministrazione, mentre, dall'altro, la progressiva attrazione al diritto pubblico di rapporti originariamente concepiti come privati.

---

alle indicate teorie emergenti. Conclusioni parzialmente analoghe, furono altresì garantite dal secondo dei fattori descritti ovvero dalla progressiva proliferazione degli apparati pubblici caratterizzante l'inizio del XX secolo. In aggiunta infatti a funzioni squisitamente pubbliche quali quelle della tutela della sicurezza e incolumità pubblica la pubblica amministrazione si arrogò altresì competenze e funzioni in materia economico sociale favorendo una conseguente attrazione concettuale delle medesime in un perimetro speculativo squisitamente pubblicistico. Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale,* op. cit., pp. 29-32.

[31] La progressiva pubblicizzazione del diritto amministrativo rappresentò invero una radicale inversione di rotta rispetto al pregresso quadro interpretativo. Contrariamente, infatti, a coeve esperienze continentali la nascita dell'amministrazione in Italia non si caratterizzò inizialmente per una contestuale emersione di privilegi e specialità permanendo invero l'azione amministrativa delimitata in un quadro di norme di diritto comune. Complice la prevalente cultura liberale nonché le istanze egualitarie dalla stessa recate emerse, infatti, l'idea che tanto l'amministrazione quanto il cittadino fossero da considerare persone "eguali" capaci di operare, in pari misura, con strumenti propri del diritto comune (cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale,* op. cit., pp. 22-23). In un siffatto frangente speculativo, non sussistevano quindi pregnanti ragioni idonee ad edificare un sistema di diritto amministrativo derogatorio rispetto a quello privato delineando quindi una prima scienza amministrativa, da un lato, aperta alla filosofia, alla storia e alla politica mentre, dall'altro, immune dal "vizio statalistico"; scienza, nella quale, rimaneva quindi illeso binomio diritto pubblico e privato evitando quel capovolgimento concettuale del punto di vista del razionalismo giuridico, operato dalla dottrina tedesca. Cfr. S.CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo,* Bologna, 1971, p. 9.

In relazione al primo punto, occorre ricordare come all'individuazione di una decisa demarcazione, sul piano concettuale e sostanziale, fra attività propria dell'amministrazione, regolata dal diritto pubblico, e attività ad essa strumentale, regolata invece dal diritto privato, si associò un'ulteriore e progressiva dilatazione della prima a scapito della seconda[32].

Sulla scorta infatti di una nozione ampia di attività pubblica, la dottrina poté correlare il regime giuridico dell'atto autoritativo a qualsivoglia manifestazione dello Stato preposta al perseguimento di un interesse pubblico, per ciò solo dunque concepita come manifestazione di potestà pubblica[33].

A fronte dunque di una preponderante attività pubblica, nelle prime ricostruzioni teoriche della stessa, si associava quindi un'attività terza, di riverbero del tutto marginale in relazione alla quale, gli enti pubblici, *"sono resi idonei a spogliarsi della loro posizione superiore ed eguagliarsi ai semplici privati, perché possano più agevolmente conseguire certi fini che sono inerenti alla loro qualità di subbietti della pubblica amministrazione o anche perché nel raggiungimento di tali fini non è necessario fare uso della loro supremazia*[34].

Ben più pregnanti conseguenze teoriche derivarono invece dal secondo dei punti descritti ovvero da quello concernente la progressiva attrazione, nel quadro del

---

[32] S.A.ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata,* Milano, 1979, p. 33.

[33] Offrì altresì un decisivo contributo all'emersione di siffatto approccio la proiezione sostanziale operata dal Ranelletti della ben nota distinzione processuale fra attività *iure imperii* e attività *iuree gestionis,* per mezzo della quale infatti si estese il regime dell'atto autoritativo a qualsiasi manifestazione dello Stato connessa al perseguimento dell'interesse pubblico, con la conseguenza per cui ogni attività propriamente pubblica dello stato non poteva che considerarsi manifestazione di potestà di imperio. In altri termini, per dirla con le parole dell'Autore: *"è pubblica l'attività di amministrazione anche in quella parte, in cui lo Stato, pur non manifestandosi come potere coercitivo, cioè nella sua potestà di imperio, opera col fine immediato di attuare le proprie finalità….. questi servizi, quando sono assunti dallo Stato, nella sua funzione sociale, non costituiscono delle imprese, perché il fine che determina lo Stato ad assumerli e gestirli, non è il tornaconto economico che muove l'economia individuale, ma la cura dell'interesse collettivo"* (Cfr. O.RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione,* IV ed., Giuffrè, Milano, 1934, I, pp. 44-45). L'approccio manicheo descritto risultava invero evidente già nell'opera di Vittorio Emanuele Orlando il quale infatti aveva ancorato la natura pubblica del rapporto intercorrente fra amministrazione e cittadino al criterio romanistico dell'*utilitas,* sicché era da considerarsi pubblico il rapporto mediante il quale l'amministrazione persegue una finalità pubblica. Tale criterio risultò invero presente anche nel pensiero di Mantellini il quale, parimenti collega la pubblicizzazione del rapporto al criterio romanistico dell'*utilitas*. Cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative,* op. cit., p. 73.

[34] Cfr. S.ROMANO, *Diritto amministrativo*, III ed., Società editrice libraria, Milano, p. 606.

diritto pubblico, di rapporti tradizionalmente concepiti come privatistici. Rapporti conseguentemente fagocitati nel prisma del potere e della discrezionalità nonché innervati da continui profili di specialità ed interferenze idonei a contraddistinguerli rispetto allo statuto di diritto comune[35].

Fu proprio nel quadro di tale secondo frangente speculativo che emerse l'iniziale rifiuto opposto dalla dottrina italiana in merito all'istituto del contratto di diritto pubblico. Istituto infatti dalla natura ibrida che mal si conciliava con una prospettiva esegetica tesa invero a distinguere, in modo netto, la natura pubblica o privata del rapporto nonché dei soggetti in esso coinvolti.

Rispetto a tale posizione dogmatica, emblematica appare nello specifico, la lettura data dal Ranelletti in relazione ai rapporti concessori, rapporti concepiti come atti di imperio, espressione di un'amministrazione agente in veste autorità[36].

Se tali atti erano da intendersi come imperativi, non poteva quindi ammettersi, secondo tale prospettiva, alcun apporto partecipativo del privato alla relativa formazione, difettando invero lo stesso della necessaria natura autoritativa[37]. Sostenere infatti l'idoneità del consenso del privato a concorrere nella formazione dell'atto, avrebbe significato ammettere l'esistenza di un atto dal carattere ibrido, frutto di un potere pubblico e di una volontà negoziale, che invero, secondo l'Autore, non trovava alcun riscontro sul piano positivo[38].

---

[35] Cfr. S.A.ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, op. cit. pp. 29-31.

[36] L'Autore ebbe il merito di offrire una prima e compiuta razionalizzazione degli atti amministrativi soffermandosi in particolare sugli istituti dell'autorizzazione e della concessione. In siffatta opera di razionalizzazione funge da baricentro la premessa teorica della pubblicizzazione del diritto amministrativo che induce invero sovente l'Autore ad una lettura meramente formale del dato positivo, finalizzata a dare copertura alla lettura della concessione come atto unilaterale. Per una più diffusa disamina cfr. O.RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative,* in Scritti giuridici scelti, Vol. III, Jovene editore, 1992.

[37] Cfr. O.RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative,* op. cit., p. 62-63.

[38] Come più precisamente affermato dallo stesso Ranelletti in relazione al ruolo del concessionario e concedente negli atti concessori: *"... e, se si dice che ognuna delle parti dichiara la propria volontà come può, il privato come tale, l'amministrazione pubblica come tale, e che l'atto di concessione è il risultato dell'incontro e dell'unione di queste due dichiarazioni, si va incontro alla difficoltà o di dover ammettere l'esistenza di un atto di natura pubblica e privata insieme, secondoché lo si guarda dal punto di vista del privato o dell'ente pubblico, il che è assurdo, perché la natura dell'atto non può che essere una; o di dover ammettere l'esistenza di un atto di natura né pubblica né privata, ma ibrida, l'esistenza cioè di un frutto ibrido dell'unione di due atti di natura diversa, ed a ciò a me pare che non si debba giungere, finché un'espressa disposizione di legge*

Proprio in tale assunto, ovvero nell'inammissibilità di atti dal contenuto anfibio, risiede quindi la più profonda ragione del rifiuto opposto dal Ranelletti alla costruzione del contratto di diritto pubblico. Assunto per l'effetto del quale l'Autore individuò conseguentemente nella concessione una soluzione unilaterale ovvero un atto amministrativo d'imperio interagente con una manifestazione di volontà del privato la quale, al pari di una mera condizione sospensiva, rendeva possibile la produzione dell'effetto dell'atto senza tuttavia concorrere, in modo alcuno, alla sua formazione[39].

A dispetto dell'autorevole opinione del Ranelletti è interessante notare come la prevalente e coeva opinione giurisprudenziale, in un'opera di sistemazione dell'istituto della concessione, pervenne invero a soluzioni terze rispetto a quella descritta. Valorizzando infatti l'indubbio substrato negoziale sotteso alla concessione essa pervenne alla nota lettura della stessa come concessione-contratto, maggiormente capace di intercettarne l'indubbia natura composita.

Secondo la Corte di Cassazione, tali atti non potevano essere riduttivamente letti in una logica pubblicistica unilaterale, risultando invero frutto di una relazione complessa data dalla compresenza di anime fra di essere eterogenee, l'una pubblica e l'altra privata, le quali, ancorché strutturalmente autonome, venivano ad integrarsi e sovrapporsi in modo sinergico, secondo un rapporto di presupposizione e conseguenza[40]. In particolare, mediante l'atto amministrativo l'Amministrazione disponeva del bene pubblico, sottraendolo quindi in modo più o meno incisivo dalla destinazione legale che gli era propria, con il contratto, si provvedeva, invece, alla regolazione di aspetti propriamente obbligatori del rapporto, di riverbero quindi squisitamente patrimoniale[41].

Nella prima riflessione giurisprudenziale in tema di concessioni, si assiste dunque alla progressiva emersione di quella teoria dualistica o a doppio grado che troverà un suo più compiuto sviluppo nella speculazione dogmatica della seconda metà del XX secolo.

---

non ci obblighi ad ammetterlo. E questa disposizione io non l'ho trovata". Cfr. O.RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative,* op. cit., p. 62-63.

[39] Cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni*, op. cit., pp. 93-94.

[40] Cfr. G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 16.

[41] Cfr. G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 16.

Le aperture al contratto di diritto pubblico.

Rispetto al prevalente panorama dogmatico descritto, rappresentò quindi voce del tutto isolata la riflessione di Ugo Forti confluita nel lavoro *Natura giuridica delle concessioni amministrative*.

In aperta polemica con Ranelletti, Forti, ispirandosi, infatti, alla coeva esperienza tedesca, elaborò una prima nozione di contratto di diritto pubblico, dal carattere composito ed inedito.

In particolare, partendo dalla distinzione fra concessioni unilaterali (beni pubblici) e bilaterali (servizi pubblici), l'Autore afferma che mentre, nelle prime il concessionario potrebbe anche non avvalersi del diritto acquisito, rinunziando conseguentemente al rapporto, nelle seconde, invece tale prerogativa sarebbe da ritenersi preclusa avendo infatti lo stesso assunto un vero e proprio obbligo di gestione del servizio pubblico. Obbligo il quale, secondo la presente prospettiva, non potrebbe invero essere imposto da un atto di imperio dell'autorità esigendosi infatti un'adesione spontanea, volontaria, del privato all'esecuzione della prestazione[42].

A fronte dunque di siffatte fattispecie, frutto di apporti resi tanto dall'autorità pubblica quanto del privato, venivano quindi ad emergere rapporti ibridi dalla *fisionomia giuridica di una forma contrattuale,* dati dalla fusione dell'elemento privato col pubblico*,* pur caratterizzati da un'indubbia preponderanza del secondo sul primo[43]. Rapporti che nella loro interazione e sovrapposizione davano luogo a costruzioni dal carattere ibrido quali quello del contratto di diritto pubblico[44].

A dispetto dell'opinione descritta è tuttavia solo nel periodo ricompreso fra le due guerre mondiali che emergono, nella dottrina italiana, aperture maggiormente propense a riconoscere la categoria dogmatica del contratto di diritto pubblico emblematicamente compendiate nei contributi di De Valles, Miele nonché di Amorth.

---

[42] Cfr. U.FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative,* in *Giur. It.,* 1900, IV, e ss. *nonchè in* Studi di diritto pubblico, Vol. I*,* p. 369 e ss..

[43] Cfr. U.FORTI*, Natura giuridica delle concessioni amministrative,* op. cit., pp. 396-401.

[44] G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 14.

In analogia con Forti, anche il pensiero di De Valles propone una propria lettura del contratto di diritto pubblico, a partire dalla fattispecie delle concessioni di servizio pubblico [45].

Nel pensiero dell'Autore, la concessione di servizio pubblico si presenta infatti quale istituto composito, frutto di una stretta interazione fra momenti pubblici e privati.

In altri termini, la pervicace inerenza della concessione alla cura dell'interesse pubblico perseguito, determinerebbe, secondo la prospettiva in esame, una flessione del regime giuridico di diritto privato ad esso applicabile, attraendola, conseguentemente, nel perimetro proprio delle norme del diritto pubblico[46].

Precipitato del presente postulato, indicativo della composita natura della concessione di pubblico servizio, è quindi la definizione di un insieme di prerogative e poteri speciali esercitabili da parte della sola autorità pubblica, quali il potere unilaterale di scioglimento del rapporto, del tutto estranei a relazioni paritetiche, proprie dei rapporti fra privati[47].

Ancorché evidenti siano i punti di contatto con il lavoro di Forti, sensibili differenze emergono comunque nel pensiero di De Valles circa l'architettura dell'atto concessorio.

Se, infatti, Forti individua nella concessione un atto unico dalla natura e struttura ibrida, al contrario nella concettualizzazione di De Valles si percepisce una più netta cesura del momento pubblicistico rispetto a quello privatistico, tanto da indurre parte della dottrina, a ritenere che l'opera dell'Autore sia da considerarsi più prossima alle tesi dualistiche o di doppio grado che contraddistingueranno la dottrina italiana del secondo dopoguerra, rispetto a quella del contratto di diritto pubblico[48].

Tanto quindi nel pensiero di Forti quanto in quello di De Valles, seppur sotto differenti aspetti, si percepisce dunque una maggior apertura a contaminazioni di strumenti propri del diritto amministrativo a principi e schemi propriamente

---

[45] Cfr. A.DE VALLES, *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, in *Dir. e Giur.,* XXXVI, n. 18-22, Napoli, 1912, p. 73 e ss.

[46] Cfr. A.DE VALLES, *I servizi pubblici*, Società editrice libraria, Milano, 1924, p 42.

[47] Cfr. Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., p. 43.

[48] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., p. 44.

privatistici tesi altresì a valorizzare, nel quadro dei suddetti mezzi, il ruolo concretamente rivestito dal privato.

Il baricentro dell'analisi speculativa passa quindi progressivamente dal riconoscimento di un preponderante ruolo dell'autorità pubblica nella cura concreta di interessi pubblici a quello di un più pregnante apporto partecipativo del privato nello svolgimento della presente attività, reso possibile attraverso proprio il ricorso a moduli e schemi privatistici.

La suddetta prospettiva trova invero feconda disamina nello studio *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*[49], con la quale Miele analizza il problema dell'incidenza della partecipazione del privato nella formazione di atti bilaterali, su un piano di uguaglianza[50].

In particolare, debitamente distinto l'oggetto della propria indagine dai contratti di diritto privato ovvero dai casi in cui il contributo del privato si atteggia a mero requisito di legittimità/efficacia dell'atto amministrativo, l'Autore si sofferma sulle diverse ipotesi in cui l'ordinamento, ovvero le parti, sostituiscono il provvedimento amministrativo con un atto giuridico frutto delle relative volontà[51].

Il più rilevante contributo del pensiero del Miele è peraltro ravvisato nella consapevolezza che la possibilità di ricorrere o meno al contratto, nell'esercizio delle funzioni pubbliche, sarebbe da ravvisarsi direttamente sul piano positivo[52]. In altri termini, secondo l'Autore, l'amministrazione sarebbe legittimata ad impiegare lo strumento contrattuale ogniqualvolta la norma di legge astratta non imponga, in relazione al caso concreto, una forma specifica che l'atto dell'autorità dovrà assumere[53].

---

[49] Cfr. G.MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo,* Roma, 1931.
[50] Cfr. G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 17.
[51] Cfr. G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 18.
[52] Cfr. G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 18.
[53] Cfr. G.MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 48. Come più chiaramente espresso dell'Autore: *"Ora, se in una determinata materia, il diritto positivo prescriva l'emanazione di un provvedimento amministrativo, senza autorizzarne la sostituzione con un atto contrattuale eguale, la formazione di un di questi in luogo e vece del primo deve ritenersi illegittima, dappoiché, in tal guisa, si viene ad adoperare un mezzo giuridico diverso da quello statuito nella legge, con un notevole spostamento di conseguenze (e lo stesso deve concludersi, se non erro. Nell'ipotesi contraria). Ma quando, per contro, nulla è detto circa la veste che l'attività amministrativa deve assumere e all'autorità, di ragione, è rilasciato un potere discrezionale sulla scelta e sulla forma da dare al concorso della sua volontà con quella dei privati, sì l'atto unilaterale che il bilaterale possono adoperarsi in conformità delle circostanze".*

Nella prospettiva del Miele rileverebbe quindi una netta linea di demarcazione fra le tipologie di poteri che la norma di legge attribuisce alla pubblica amministrazione[54]. Da un lato, vi sarebbero infatti poteri imperativi ed esecutori, esercitabili secondo logica di unilateralità; dall'altro, invece, rileverebbero poteri che, esigendo un opportuno raccordo con la volontà del privato, comunque inciso dal relativo esercizio, rimetterebbero ad un apprezzamento proprio dell'autorità *"la scelta da dare al concorso della sua volontà con quella del privato"*[55].

Esigenze di completezza, concernenti la disamina dei rapporti fra provvedimento e contratto, impongono da ultimo di soffermarsi concisamente, sulla riflessione elaborata da Antonio Amorth, nel celebre contributo *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato.*

Quesiti di partenza posti dall'Autore sono, da un lato, la legittimazione dell'amministrazione pubblica a perseguire il pubblico interesse con un mezzo privato mentre dall'altro, le interferenze ovvero i possibili contatti fra regime pubblicistico e privatistico[56].

Preliminare rispetto alla disamina di tali problematiche risulta invero la nota tripartizione proposta dall'Autore dell'attività amministrativa in attività di diritto pubblico, attività privata e attività amministrativa di diritto privato, quest'ultima concepita, come attività sostanzialmente amministrativa, ancorché formalmente privatistica[57].

In particolare, proprio con riferimento a tale attività si pone, con veemenza, il problema della sostituibilità del contratto al provvedimento nel perseguimento del fine pubblico, la cui cura quindi, secondo tale prospettiva, non rappresenta una prerogativa propria del potere autoritativo.

Con riferimento dunque all'attività amministrativa di diritto privato, coerentemente con la costruzione di Amorth, sussisterebbe una sorta di surrogabilità fra strumento

---

[54] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., p. 46.

[55] Cfr. G.MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, op. cit., op. cit., p. 48.

[56] Cfr. A.AMORTH, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato,* in *Arch. Dir. pubbl.,* 1938, oggi in, *Scritti giuridici,* vol. I, Milano, 1999, pp. 277-278.

[57] Cfr. A.AMORTH, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato,* op. cit., pp. 281.

pubblico e privato, risultando invero rimesso ad un apprezzamento proprio dell'autorità medesima la selezione dell'uno in luogo dell'altro nella cura di interessi pubblici.

Anche secondo l'Autore, non sussisterebbe comunque una libertà incondizionata in ordine alla scelta del provvedimento o del contratto posto che, tale facoltà sarebbe recisa ogniqualvolta le norme attributive del potere disporrebbero il ricorso a determinati strumenti pubblicistici non già come mezzo, propedeutico quindi al raggiungimento di un dato fine, quanto invece come regola[58].

Ammessa l'astratta surrogabilità del provvedimento con il contratto, seppur nei limiti indicati, l'Autore si sofferma altresì sulle possibili interferenze e relazioni fra disciplina di diritto privato e disciplina di diritto pubblico. In altri termini, la costruzione di Amorth, si interroga sui modi in cui il fine pubblico immanente all'attività amministrativa possa riverberarsi sul contratto posto in essere al fine del perseguimento dello stesso.

La soluzione al quesito è quindi nuovamente individuata dall'Autore mediante un complesso tentativo di composizione del carattere pubblico e privato dell'attività dell'amministrazione, nel quale si scorge quindi faticosamente un insieme di contatti ed interferenze idonee a conformare il secondo alle regole del primo.

Per l'effetto di tale impostazione, il giudizio di validità sull'attività privatistica dell'amministrazione si apre quindi altresì a parametri e principi propri degli atti amministrativi definendosi dunque una relazione circolare ed osmotica nella quale diritto pubblico e privato non rappresenterebbero segmenti distanti e fra di essi antitetici quanto realtà sovrapponibili e fra di esse interagenti[59].

---

[58] Cfr. A.AMORTH, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato,* op. cit., pp. 303 e ss.. Probabilmente, la distinzione descritta fra norma di mezzo e norma di regola rappresenta, secondo parte della dottrina, la parte meno limpida della ricostruzione dell'Autore, non risultando di fatto agevole la distinzione di ambo le tipologie di fattispecie. Tuttavia, a dispetto del dovuto limite, appare comunque apprezzabile il tentativo lungimirante di individuare un'attività sostanzialmente amministrativa, resa tale, non già dalla natura e forma della stessa quanto invece dal fine perseguito. Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., p. 72.

[59] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., p. 74-75.

Il contributo di Amorth, ancorché prioritariamente focalizzato sul problema più generale del rapporto fra pubblico e privato[60], rappresenta un'importante cesura rispetto alla pregressa costruzione nella parte in cui, superando un approccio del tutto manicheo teso ad ancorare la natura ed attività dell'amministrazione al tipo di interesse perseguito, individua anche nel mezzo privatistico, uno strumento di cura dell'interesse pubblico del tutto sovrapponibile e analogo a quello pubblicistico.
In altri termini, nella prospettiva dell'Autore, comincia a delinearsi quell'idea della neutralità contenutistica dell'attività amministrativa, esercitabile tanto mediante il mezzo pubblico quanto con quello privato, che invero troverà un maggior conforto e prosieguo nella speculazione della seconda metà del XX secolo.

Brevi cenni conclusivi.

La disamina qui svolta ha quindi cercato di evidenziare l'atteggiamento restrittivo maturato in prima battuta dalla dottrina italiana in merito al convulso rapporto fra contratto e potere, rapporto sovente orientato da un vero e proprio *pregiudizio contrattuale*[61].
Nell'esigenza di individuare più solide basi giuridiche del sistema di diritto amministrativo idonee ad accompagnare lo Stato Italiano nel periodo successivo alla sua formazione, l'opzione seguita in dottrina fu quindi, come visto, quella del diritto pubblico. In altri termini, la prevalente dogmatica incasellò il diritto amministrativo in un rigido sistema di norme pubblicistiche gettando conseguentemente le basi per quella che sarebbe stato il successivo sviluppo dello stesso. In un quadro interpretativo quali quello descritto, caratterizzato da una precisa cesura fra diritto amministrativo e diritto privato, la conseguenza immediata non poteva che dunque essere la marginalizzazione dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, attività peraltro intesa come ancillare e secondaria rispetto a quella

[60] Cfr. G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 25.
[61] Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, op. cit., p. 45; parla altresì di "pregiudizio pubblicistico" indicando l'immagine dell'amministrazione emersa a cavallo fra il XIX e il XX secolo, necessariamente informata a schemi di diritto pubblico Cfr. A.ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (e il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *Giust. Amm.it, Rivista di diritto pubblico*, 1/2006

di diritto pubblico nonché concepita come del tutto inidonea ad assicurare l'ottimale esercizio della funzione amministrativa[62]. Marginalizzazione il cui epilogo, salvo le isolate voci descritte, non poteva che a sua volta condurre nel verso del netto rifiuto della categoria dogmatica del contratto di diritto pubblico.

Tale posizione era tuttavia destinata radicalmente a mutare a fronte di quei profondi mutamenti sociali ed economici che avrebbero interessato il sistema di diritto amministrativo della seconda metà del XX secolo. Mutamenti che avrebbero quindi imposto una rinnovata lettura delle coordinate interpretative di riferimento del sistema medesimo.

3. Il rapporto fra potere e contratto nella seconda metà del XX secolo.

Brevi cenni introduttivi.

A partire dagli anni 50' dello scorso secolo si assiste ad un radicale mutamento di prospettiva rispetto agli approdi interpretativi fino a quel tempo consolidatesi, idoneo a riscrivere le coordinate medesime del sistema di diritto amministrativo.

In particolare, tale rilettura transitò attraverso un approccio metodologico, non già "astratto e pandettistico", quanto invece attento alla realtà ad esso contemporanea, teso quindi ad intercettare le profonde trasformazioni economiche, politiche e sociali allora in atto[63].

---

[62] Pur superando la teoria della doppia personalità dell'ente pubblico, l'una privata l'altra pubblica, Santi Romano perviene ad una complessiva risistemazione dell'attività di diritto privato di per sé assorbita in quella di diritto pubblico. Anche nel pensiero dell'Autore si assiste quindi ad una marginalizzazione dell'attività di diritto privato rispetto a quella pubblica. Richiamando le parole di Santi Romano: *"si tratta invece di una sola personalità e di una sola capacità, che si esplica in campi distinti, ma il cui regolamento, anche quello di diritto privato, mette capo al diritto pubblico, che ne determina, se non altro, i motivi".* Cfr. SANTI ROMANO, *I principii,* op. cit., p. 324; Cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni*, op. cit., p. 121.

[63] Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, op. cit., p. 50 e ss.; La rottura con la speculazione pregressa appare invero evidente nel giudizio espresso da Giannini, nella *Vita e opere di G.Zanobini,* ove afferma: *"nel giro di 20 anni, all'incirca dalla fine della seconda guerra mondiale, la giuspubblicistica italiana, e anzi europea e anche americana, si è enormemente arricchita e articolata…: le profonde trasformazioni politico-sociali che stiamo vivendo hanno prodotto una risultanza di accellerazione, per cui la postpandettistica ha perduto rapidamente validità".* Cfr. S.CASSESE, *Cultura e politica,* op. cit. 58.

Fra i fattori che maggiormente contribuirono allo spostamento del baricentro della speculazione dogmatica rilevano, da un lato, la rinnovata concezione del rapporto fra amministrazione e cittadino, tesa a stemperarne la risalente e fissile immagine statualistica, mentre, dall'altro la proliferazione di forme di intervento pubblico nell'economia sovente accompagnate da aperture, a volte sensibili, dell'ordinamento pubblico a quello privato[64].

Il concorso di siffatti fattori contribuì quindi a mutare profondamente il quadro concettuale di riferimento del sistema di diritto amministrativo imponendo dunque una doverosa rilettura dello stesso che tenesse adeguatamente conto delle sopravvenienze intervenute.

Il pensiero di Giannini e Ledda.

Nel frangente di un mutato panorama, come quello descritto, costituì emblematica espressione della rinnovata logica, l'attenta riflessione del Giannini al quale si deve, da un lato, il riconoscimento di una capacità giuridica piena in capo alle pubbliche amministrazioni, mentre, dall'altro il superamento dell'anacronistica e risalente tesi della necessaria coincidenza tra interesse pubblico e modulo amministrativo[65].

---

[64] Il riconoscimento di una capacità di diritto comune delle pubbliche amministrazioni non troverebbe invero contraddizione alcuna neppure a livello costituzionale dalla quale sembrerebbe invero emergere l'idea di un'amministrazione paritaria ovvero di un'amministrazione nella quale l'esercizio del potere pubblico costituisce regola da confinare nei casi espressamente previsti dalla norma di legge nonché secondo stretta necessità. In altri termini, laddove la cura concreta dell'interesse pubblico possa essere raggiunta senza l'esercizio dell'autorità lo strumento privatistico dovrebbe essere in linea di principio preferito. Cfr. V.CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 18 e ss.; sul rapporto fra diritto amministrativo e diritto privato cfr. M.S.GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo,* ora in *Quaderni fiorentini,* diretti da P.GROSSI, p. 168, il quale mette in discussione il tradizionale isolazionismo proprio del diritto amministrativo divenuto ormai non più condivisibile per l'effetto di un sopravvenuto e rinnovato contesto, propriamente privatistico, nel quale il sistema amministrativo medesimo veniva calato e razionalizzato; sul rapporto fra modelli convenzionali e società cfr. M.S.GIANNINI *L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo,* contenuta nel *Trattato di diritto amministrativo,* di G.SANTANIELLO, Padova, 1988, p. 126 e ss., il quale muove dalla constatazione per cui nei Paesi a diritto amministrativo un'accentuazione al ricorso dei modelli consensuali da parte dell'autorità pubblica è riscontrabile solo a partire dall'inizio dello Stato Pluriclasse. E' in tale contesto, infatti, che si assiste ad una netta proliferazione di tali strumenti sovente concepiti come veicolo di ricerca, di consenso e legittimazione preventiva dell'azione del soggetto pubblico.

[65] Cfr. M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa,* Roma, 1962, p. 20. Scrive l'Autore: *"non v'è differenza alcuna tra la posizione giuridica di autonomia privata delle pubbliche amministrazioni*

Risultando infatti l'ordinamento giuridico permeato dal principio di *"piena legittimazione della persona giuridica"*, l'Autore sostenne come tale regola non potesse che operare altresì nei confronti delle Pubbliche amministrazioni, le quali, nell'esercizio delle relative funzioni, sarebbero quindi legittimate a ricorrere a strumenti di diritto privato, salvo diversa disposizione di legge[66].

Il riconoscimento di una capacità giuridica generale in capo alle pubbliche amministrazioni fu quindi presupposto per il superamento dell'asserita inconciliabilità, ferma nella pregressa speculazione dogmatica, fra interesse pubblico e strumento privato, atteso che, come sottolineato dallo stesso Autore, *"un interesse pubblico può essere curato tanto da un negozio privato che con un provvedimento amministrativo"*[67].

Per l'effetto del pensiero del Giannini si diffuse quindi progressivamente l'idea per cui il diritto privato non fosse strumento relegato alla sola cura di interessi egoistici ed individuali ma rappresentasse altresì mezzo di cui le stesse amministrazioni potevano avvalersi nell'esercizio delle relative funzioni[68].

In altri termini, nel perimetro di un mutato cotesto speculativo, si superò progressivamente la pregressa distinzione ideologica, connessa al tipo di interesse perseguito, fra attività di diritto privato e attività pubblica, rilevando, infatti, entrambe, in pari misura, quali mezzi posti a disposizione delle amministrazioni per il perseguimento dei relativi fini[69].

---

e dei privati, e che le prime non incontrano alcuna norma restrittiva nei loro rapporti intersoggettivi…. da tutto ciò si può dedurre che non v'è un problema astratto di una relazione tra amministrazioni pubbliche e posizioni di autonomia privata."

[66] Cfr. M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa,* op. cit., p. 21; La tesi che riconosce una capacità giuridica generale di diritto privato alle PA, risiederebbe nella considerazione che anche lo Stato e gli enti pubblici sono soggetti giuridici legittimati, in quanto tali, a operare nel perimetro del diritto privato, al pari della persona fisica. In tale frangente, come si avrà peraltro di evidenziare in seguito, ipotizzare una capacità giuridica speciale, indotta da esigenze di interesse pubblico risulterebbe quindi operazione esegetica priva di significato epistemologico. Cfr. G.PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in Diritto amministrativo (a cura di L.MAZZAROLLI, G.PERICU, A.ROMANO, F.A.ROVERSI-MONACO, G.SCOCA), ed. III, Vol. II, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 293.

[67] Cfr. M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa,* op. cit., p. 7. L'affermazione è il presupposto nel pensiero dell'Autore, del rifiuto della pregressa elaborazione teorica per cui le amministrazioni potrebbero curare gli interessi pubblici esclusivamente per mezzo degli atti amministrativi.

[68] Negli stessi termini cfr. G.PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione,* op. cit., p. 285..

[69] Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, op. cit., pp. 57-64.

Il pensiero del Giannini rappresentò peraltro l'occasione per una rivisitazione complessiva dell'annosa problematica del contratto di diritto pubblico.

A fronte, infatti, di più risalenti tesi propense nel riconoscere costruzioni dalla natura ibrida, costantemente tese fra diritto pubblico e privato, l'Autore rifiutò invece categoricamente qualsivoglia aprioristica deformazione della disciplina di diritto comune applicabile ai rapporti negoziali delle amministrazioni[70]. In altri termini, secondo tale prospettiva, l'amministrazione pubblica fruirebbe di una capacità di diritto comune del tutto analoga a quella del privato, con la conseguenza che, anche in relazione a fattispecie tradizionalmente inquadrate nella categoria del contratto di diritto pubblico, non rileverebbe alcuna alterazione del regime giuridico ad esse applicabile[71].

In aperta critica quindi con la costruzione della dottrina e giurisprudenza francese dei *contracts administratifs,* Giannini affermò quindi come unico elemento di specialità di rapporti concernenti l'esercizio o meno del potere sarebbe da ravvisare, non già in relazione alla disciplina ad essi applicabile quanto, invece, con riferimento all'oggetto in essi dedotto[72].

È quindi sulla scorta di tali premesse che l'Autore, rifiutando la categoria del contratto di diritto pubblico, ancorché per ragioni terze rispetto a quelle addotte dalla pregressa speculazione dogmatica, aderisce invece a quella del contratto "ad oggetto pubblico", categoria contrapposta, nella tassonomia dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione dallo stesso proposta, ai contratti ad evidenza pubblica, contratti ordinari e contratti speciali[73].

---

[70] A tal fine, Giannini contesta l'assunto per cui la discrezionalità eliderebbe l'autonomia privata dell'autorità sicché in presenza della prima non potrebbe esservi la seconda. Secondo l'Autor, infatti, autonomia e discrezionalità operano su differenti piani non correndo quindi fra di esse alcuna interferenza. Quanto quindi l'amministrazione agisce come soggetto privato ha come ribadito autonomia piena al pari del soggetto privato. Cfr. M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa,* op. cit. p. 25 e ss.

[71] Cfr. M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa,* op. cit. p. 31. Secondo Giannini, la scienza giuridica avrebbe erroneamente confuso il contratto nel diritto pubblico, secondo un'accezione topografica di diritto delle amministrazioni, con un contratto di diritto pubblico ovvero una costruzione anomala e dai contorni incerti collocata a metà del guado fra contratto e provvedimento. Tale posizione risulterebbe quindi invero sovente frutto di mere *sviste* di una copiosa scienza giuridica, avente *addirittura alimentato un'intera teoria.*

[72] Cfr. M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa,* op. cit. p. 51 e ss.

[73] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., p. 59.

Nell'individuazione delle tre ulteriori *species* nelle quali viene risolta la costruzione del contratto ad oggetto pubblico, Giannini, fa inoltre leva sul criterio del collegamento o non collegamento del contratto con il provvedimento amministrativo[74].

L'elemento del collegamento appare invero presente nelle sub categorie dei contratti accessivi nonché di quelli ausiliari di provvedimento. In particolare, mentre nei primi il contratto è elemento necessario, ulteriore rispetto al provvedimento ad esso correlato, nei secondi, invece, esso è presupposto del tutto eventuale, interagendo infatti con un atto di per sé completo ed esauriente[75].

A dispetto peraltro del diverso peso rivestito nel rapporto con il provvedimento, il contratto, nella costruzione dell'Autore, si presenta comunque quale strumento di regolazione dei soli aspetti meramente patrimoniali del rapporto, risultando infatti i residui profili pubblicistici dello stesso, riservati conseguentemente all'atto amministrativo[76].

Nel perimetro di una fattispecie complessa, i due atti, nonché i rapporti che dai medesimi promanano, rappresenterebbero dunque componenti fra di esse autonome e distinte le quali, pur assoggettate a differenti discipline, sarebbero comunque stretti da un saldo vincolo di presupposizione per l'effetto del quale il venir meno del provvedimento determinerebbe la risoluzione del contratto[77].

Sulla scorta di tali premesse, il descritto modello dualistico entra tuttavia parzialmente in fibrillazione in relazione alla terza sub categoria di contratto ad oggetto pubblico ovvero quella del contratto sostitutivo di provvedimento. In tal caso, infatti, non vi è una correlazione fra negozio e atto amministrativo quanto invece una sovrapposizione o meglio una surroga del primo con il secondo.

---

[74] Cfr. M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa,* op. cit. p. 89 e ss.

[75] Cfr. M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa,* op. cit. pp. 96-98.

[76] La necessaria compresenza del contratto e del provvedimento appare invero il frutto del "dogma", alla base della teoria dualista, della necessaria unilateralità dell'attività amministrativa di diritto pubblico per mezzo della quale solo il provvedimento e non il contratto, può disporre dell'oggetto pubblico, secondo le modalità tipiche del potere amministrativo Cfr. E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, p. 17.

[77] Cfr. E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, p. 8.

Sicché, come evidenziato in dottrina, appare di sé difficile comprendere come anche in tal caso il contratto possa limitarsi a disciplinare profili meramente patrimoniali della fattispecie, risultando peraltro non agevole intuire quando l'amministrazione appaia legittimata a sostituire mediante contratto, il provvedimento ovvero il complesso di provvedimenti[78].

A dispetto degli indicati limiti, non par dubbio comunque come mediante la concettualizzazione del Giannini si assiste al superamento della pretesa e necessaria corrispondenza tra carattere pubblico dell'oggetto e natura dell'atto di disposizione del medesimo, potendo infatti un oggetto, nonostante la relativa natura pubblica, essere altresì disposto, secondo la predetta prospettiva, mediante contratto[79].

Posizioni del tutto analoghe a quelle espresse dal Giannini furono altresì sviluppate dal Ledda, nel contributo *Il problema del contratto nel diritto amministrativo,* costituente un ulteriore apporto al rifiuto della categoria dogmatica del contratto di diritto pubblico[*80*].

Alla base del pensiero del Ledda vi sarebbe un'antinomia non risolvibile fra autonomia negoziale, propria del contratto, e vincolo di scopo che al contrario permea l'attività amministrativa[81]. In particolare, secondo l'Autore, l'asserita diversità dei moduli del contratto e del provvedimento osterebbe alla formazione di fattispecie ibride quali quella del contratto di diritto pubblico. Fattispecie, delle quali, come evidenziato dallo stesso Ranelletti, non risulterebbe invero alcuna traccia al livello positivo[82].

Posta dunque l'assenza di disposizione *ad hoc,* idonea ad offrire adeguata copertura positiva al contratto di diritto pubblico, l'Autore rifiuta quindi qualsivoglia aprioristica alterazione della disciplina privatistica applicabile ai rapporti negoziali della pubblica amministrazione, dovuta da una mera immanenza nella relativa

---

[78] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, op. cit. p. 62.

[79] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, op. cit. p. 60. In senso critico Falcon, il quale al contrario ritiene necessario che alla pubblicità dell'oggetto faccia seguito un atto espressione di pubblicità idoneo a pervaderne la struttura. Sull'analisi di Falcon, vedi *infra.*

[80] Cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto*, op. cit.

[81] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, op. cit. p. 63.

[82] Cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto*, op. cit., p. 101.

attività dell'interesse pubblico[83]. Conseguentemente, secondo tale prospettiva, *lo Stato che, deposta la corona, discende dall'empireo della potestà sovrana per contrattare con il cittadino, deve poi muoversi su un solido terreno* individuato proprio dall'Autore, nel diritto civile[84].

Sulla scorta di tale premessa, Ledda sostiene quindi come l'unico regime giuridico applicabile ai rapporti contrattuali della pubblica amministrazione sarebbe esclusivamente quello di diritto privato, potendosi peraltro eccezionalmente ammettere deroghe rispetto ad esso solo in presenza di apposite norme derogatorie[85].

Anche tale Autore, nella razionalizzazione di fattispecie ad oggetto pubblico, ricorre peraltro alla costruzione dualistica o doppio grado, maggiormente idonea a far convivere la struttura propriamente obbligatoria del rapporto con quella pubblicistica del relativo oggetto, assicurando dunque una più adeguata combinazione fra obbligazioni di differente natura, pubblica e privata, derivanti da un comune rapporto[86]. Analogamente a quanto sostenuto dal Giannini la fattispecie complessiva è dunque il risultato della combinazione di un provvedimento, concernente la sostanza pubblicistica del rapporto, e di un contratto, relativo invece alla regolazione dei profili privatistici del rapporto medesimo[87].

Analogamente al Giannini, rileva dunque l'attitudine dello strumento di diritto privato alla regolazione di rapporti pubblici, nei termini indicati, nonché l'asserita pienezza dell'autonomia negoziale della Pubblica amministrazione, limitabile solo in presenza di apposita disposizione di legge[88].

---

[83] Cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto*, op. cit., pp. 43 e ss.

[84] Cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto,* op. cit., p. 111*,* rievocando il pensiero di Sohm (Institutionen. Geschichte und System des romishen Privatrechts, Munchen und Leipzig, 1919, 225).

[85] Scrive l'Autore: *"sembra perciò saggio consiglio lasciar la disciplina dei contratti sul terreno che le è proprio, e prendere atto della inesistenza d'un trattamento peculiare alle figure in discussione….* Cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto*, op. cit., p. 103.

[86] Cfr. G.GRECO, *Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 34

[87] Cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto*, op. cit., p. 154.

[88] Cfr. F.LEDDA, *Il problema del contratto*, op. cit., p. 109 e ss. L'emersione delle teorie dualistiche, sviluppatesi in Italia sul solco dell'esperienza tedesca della *Zweinstufentheorie,* rappresentò quindi un deciso rifiuto della dogmatica tedesca della categoria del contratto di diritto pubblico, categoria invero criticata, ancorché sotto altre differenti prospettive, altresì da Autori terzi. Anche Sandulli, a partire dalla prima edizione del *Manuale di diritto amministrativo*, individua infatti, in luogo della costruzione ibrida del contratto di diritto pubblico, la formazione di veri e propri contratti, tanto in relazione a rapporti intercorrenti fra amministrazioni quanto con riferimento a quelli relativi fra amministrazione e privato. In ambo le ipotesi, non rileverebbero

L'approccio "realista" e la valorizzazione della componente negoziale.

Il rinnovato quadro speculativo intervenuto gettò quindi le basi per una complessiva rilettura dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, segnando una considerevole e progressiva apertura al diritto privato, tesa a valorizzare il reale substrato privatistico di diversi rapporti contrattuali intercorrenti fra amministrazione e privato, altresì in relazione a fattispecie cd. ad oggetto pubblico[89].
L'approccio realistico qui indicato appare nello specifico evidente con riferimento alla materia urbanistica nonché quella delle concessioni amministrative, grazie ai contributi, da un lato, della Mazzarelli e, dall'altro di D'Alberti[90].
Con lo scritto *Le convenzioni urbanistiche,* la Mazzarelli si sofferma in particolare, sul sensibile peso tradizionalmente rivestito dalle convenzioni di lottizzazione, sin dalle origini del moderno sistema di diritto amministrativo[91].
La diffusione di siffatti strumenti consentì, infatti, secondo l'Autrice, di scardinare la tesi secondo cui la cura concreta di interessi pubblici dovesse necessariamente avvenire per mezzo di strumenti giuridici propri del diritto pubblico, risultando

---

quindi, secondo l'Autore, rapporti dalla natura ancipite quanto invece relazioni contrattuali direttamente disciplinati dal diritto comune, non sussistendo invero sul piano positivo alcuna deroga esplicita ad esso. Laddove quindi l'amministrazione risulti autorizzata ad intervenire in modo risolutivo sul rapporto contrattuale, ciò dipenderebbe, secondo tale prospettiva, non già per un'anomala disciplina applicabile a tali rapporti quanto invece per l'effetto di un'apposita disposizione normativa espressamente attributiva di siffatto potere. Ben più negativa e pregnante è ancora la critica mossa al contratto di diritto pubblico da Virga nella sua celebre voce dell'Enciclopedia del diritto, *Contratto (diritto amministrativo), Enc. Dir.,* vol. IX, Milano, 1961, p. 979 e ss. In tale occasione l'Autore, infatti, collocandosi invero nel solco della pregressa e dominante opinione dottrinale, ribadisce l'inammissibilità astratta di costruzioni dalla natura ibrida come quella del contratto di diritto pubblico. Categoria da considerarsi inammissibile posta l'operatività su piani fra di essi eterogenei e non comunicabili, della volontà negoziale e dei poteri autoritativi. Sulla scorta dunque di tale premessa dogmatica, le ipotesi nelle quali veniva tradizionalmente proposta la categoria del contratto di diritto pubblico esigono, secondo l'Autore, una diversa risistemazione concettuale, compiuta attraverso, ad esempio, la differente formula delle concessioni contratto la quale, nel mantenere nettamente distinte, le componenti ad essa relative pubbliche e private, assicurerebbe una più compiuta razionalizzazione e lettura delle stesse. Cfr. G.GRECO, *Accordi amministrativi,* op. cit. pp. 29-30.

[89] Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, op. cit., pp. 70.

[90] Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* Bologna, 1979; Cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni,* op. cit.

[91] Cfr. V.MAZZARELLI, *op. ult. cit.,* pp. 17-273.

invero l'obiettivo di organizzazione di beni a fini urbanistici, perseguibile altresì mediante strumenti contrattuali[92].

Tale soluzione poté peraltro imporsi, secondo tale prospettiva, proprio grazie alla parca attenzione dimostrata dalla dottrina e giurisprudenza al fenomeno il quale, poté quindi preservare quella sostanza contrattuale, tradizionalmente affermatasi più per rispondere a canoni di maggior funzionalità pratica che di risistemazione in un rigido sistema e meccanismo giuridico[93].

Le indicazioni emerse nella prassi trovarono peraltro solo successivamente adeguata sistemazione sul piano positivo, il quale, cercò di lasciare inalterata, fin dove possibile, la struttura e forma del fenomeno convenzionale[94].

L'inquadramento positivo della fattispecie fu tuttavia sovente disatteso dalla coeva speculazione dogmatica la quale, molto spesso stretta da rigidi dogmi concettuali propose a più riprese inappaganti letture delle convenzioni capaci, da un lato, di travisare l'indubbio substrato contrattuale, mentre, dall'altro inadeguate a coglierne la complessa natura divisa fra un profilo propriamente communitativo-sinallagmatico ed organizzativo-pubblico[95]

Posizioni analoghe a quelle descritte sono state parimenti sviluppate da D'Alberti in materia di concessioni amministrative, materia avente peraltro costituto, come visto, uno dei principali banchi di prova dell'analisi delle interferenze fra diritto pubblico e privato.

In particolare, l'Autore, partendo da una disamina orizzontale della prassi, contesta l'acritico appiattimento, dogmatico e giurisprudenziale, alla lettura delle concessioni amministrative nel prisma della formula composita, dalla natura dualistica, della concessione-contratto. Secondo D'Alberti, infatti, la realtà della prassi risulterebbe maggiormente più variegata e complessa rispetto a tale costruzione, ravvisandosi

---

[92] Cfr. V.MAZZARELLI, *op. ult. cit.,* p. 278.

[93] Cfr. V.MAZZARELLI, *op. ult. cit.,* p. 278-279; nel medesimo senso cfr. T.GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, in Dig. Civ., Vol. IV, Torino, 1989, Nuova giur. Civ. commentata, 1989, II, 117, p. 3.

[94] Cfr. V.MAZZARELLI, *op. ult. cit.,* p. 279.

[95] Per una più precisa ricostruzione della presente dottrina cfr. *infra* Capitolo terzo.

una netta e decisa prevalenza della struttura contrattuale rispetto a quella provvedimentale[96].

Più correttamente, secondo tale prospettiva, verrebbe in rilievo un panorama contenutisticamente eterogeneo nel quale, a seconda della concessione di volta in volta considerata, muterebbe il grado di impermeabilità proprio della stessa rispetto al regime di ordinario di diritto civile applicabile[97].

In coerenza con tale prospettiva, anche poteri unilaterali modificativi, sovente attribuiti all'autorità pubblica potevano essere riletti entro un prisma di principi squisitamente privatistici, contrariamente quindi alla coeva prassi tendente invero prevalentemente a qualificarli come prerogative pubblicistiche[98].

Pur con differenti ambiti di indagine e soluzioni speculative proposte ambo i contributi si pongono quindi quali espressioni sintomatiche di una rinnova sensibilità la quale, avulsa da astratti apriorismi dogmatici nonché calata nella viva realtà della prassi amministrativa, delinea un modello di amministrazione per accordi nel quale lo strumento privato si atteggia quali mezzo protagonista nella cura concreta dell'interesse pubblico[99].

---

[96] Cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni,* op. cit., p. 330 e ss.

[97] Cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni,* op. cit., p. 338 e ss.

[98] Si pensi, ad esempio al caso della revoca, potere che pur inquadrabile nel perimetro del potere di recesso, di cui all'art. 1373 c.c., veniva di fatto riconosciuta all'autorità pubblica come strumento di intervento di natura squisitamente pubblicistica, in grado quindi di estinguere il rapporto contrattuale dall'esterno incidendo sull'atto presupposto di natura pubblica Cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni,* op. cit., p. 351 e ss.. La compatibilità fra poteri amministrativi e rapporti contrattuali veniva peraltro diversamente affrontata nelle differenti esperienze dei paesi esteri. Nel caso francese dei *contracts administratif,* il presente problema di era di per sé reciso a monte, risultando infatti tali contratti, come visto, sottoposti ad un rigido catalogo di regole amministrative, molto spesso frutto del formante giurisprudenziale. In un sistema in cui il diritto amministrativo fungeva da termine di riferimento per la regolazione di siffatti rapporti, risultava quindi di sé agevole ammettere la commistione di un potere pubblico di revoca e un rapporto dal contenuto privatistico. Più vicina all'esperienza dei contratti di concessione italiani sono invece considerati i *governement contracts* americani i quali, pur disciplinati da regole speciali venivano pur sempre radicati in un contesto propriamente privatistico. A dispetto di tale qualifica, nessuno comunque dubitava che pur in assenza di un'apposita clausola fosse pacificamente ammessa la possibilità del soggetto pubblico di porre fine al rapporto per ragioni di interesse pubblico. In altri termini, il radicamento in un contesto di diritto comune, non ostava all'esercizio di poteri comunque idonei ad incidere su rapporti negoziali. Cfr. M.D'ALBERTI, *Le concessioni,* op. cit., pp. 351-353.

[99] Alla progressiva emersione di soluzioni sempre più propense alla ricostruzione di rapporti ad oggetto pubblico, all'interno di un quadro di norme di diritto comune, si associò l'affermazione di un filone di pensiero teso ad analizzare la negoziabilità del potere sotto una prospettiva procedimentale e partecipativa. Nel frangete di tale speculazione, si impone quindi la prospettiva di un'amministrazione aperta e dialogante con il cittadino, nella quale al comando imperativo si sostituiscono forme di coordinamento e cooperazione tese a meglio garantire la composizione di

Il ritorno alla categoria del contratto di diritto pubblico.

Rispetto alle sensibili aperture al diritto privato, formulate anche in relazione alle fattispecie dei contratti ad oggetto pubblico, non mancarono tuttavia costruzioni ulteriori tese ad opporsi ad un pieno utilizzo del diritto privato da parte dell'amministrazione, valorizzando conseguentemente, uno spiccato profilo di specialità idoneo a contraddistinguere l'attività di diritto comune, propria dell'autorità pubblica, rispetto a quella del privato.

La rinnovata speculazione "pubblicistica" muoveva peraltro proprio da alcuni limiti interpretativi tanto delle teorie a "doppio grado" quanto di quelle "panprivatische" prima descritte.

Le prime, come infatti evidenziato in precedenza, peccavano invero molto spesso di eccessiva astrazione, posto che non sempre i contratti riconducibili al *genus* del contratto ad oggetto pubblico erano effettivamente frutto della compresenza fra provvedimento e contratto[100]; le seconde, al contrario, nella riconduzione di siffatti rapporti entro un perimetro propriamente privatistico, non offrivano sovente adeguata giustificazione al potere dell'autorità di intervenire unilateralmente sulle sorti del rapporto a guisa del sopravvenuto interesse pubblico[101].

---

quegli interessi che l'amministrazione è chiamata a curare. In relazione al presente pensiero rilevano nello specifico, da un lato, la riflessione di Francesco Paolo Pugliese il quale concepisce nel contratto un principio di ispirazione dell'azione amministrativa capace di assicurare una formazione graduale e partecipata dell'oggetto del provvedimento, mentre, dall'altro l'opera di Berti citata in apertura il quale individua nel contratto il naturale termine dell'azione del soggetto pubblico in quanto fisiologico strumento di composizione dei conflitti che l'autorità stessa è chiamata a dirimere. Non meno rilevante appare da ultimo il pensiero di Nigro il quale superando ogni pregresso pregiudizio dogmatico nonché animato da un vivo realismo corroborato da una prassi dinamica e vivace, prospetta la possibilità di prevedere e disciplinare non solo, accordi concernenti l'esercizio di servizi quanto anche di accordi relativi lo svolgimento di funzioni pubbliche. Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, op. cit., pp. 76-79.

[100] Cfr. E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, p. 13.

[101] Inadeguato appariva peraltro altresì il riferimento a strumenti privatistici entro i quali si cercava di razionalizzare poteri di intervento dell'autorità sul rapporto. Si pensi, ad esempio, alla clausola della *rebus sic stantibus*, operante a guisa della presupposizione. Ancorché infatti la stessa consentiva di offrire un adeguato dinamismo al rapporto intercorrente fra soggetto pubblico e privato, si evidenziava, come conseguenza della presente impostazione sarebbe stata quella di delineare un ambito di intervento sul contratto all'autorità, ristretto al perimetro delle sole norme del codice civile limitando le modalità di cura dell'interesse pubblico che avrebbero potuto essere adeguatamente soddisfatte mediante strumenti pubblicistici, Cfr. E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, p. 13.

Più in generale, tali tesi, in alcuni casi, muovevano dall'esigenza di tutelare quei principi generali propri dello Stato democratico, quali quello di imparzialità, legalità e giustiziabilità, apparentemente elusi dal ricorso a moduli squisitamente privatistici[102]; in altri casi, esse partivano invece dalla constatazione della peculiarità dell'amministrazione la quale, rispetto al soggetto privato, pur munita di capacità di diritto comune, risulta pur sempre preposta alla cura dell'interesse pubblico posto a monte dalla norma di legge[103].

La valorizzazione del profilo finalistico, proprio dell'attività amministrativa complessivamente intesa, contribuì peraltro a tracciare l'idea di una rinnovata specialità dell'amministrazione fondata tuttavia non già, come in passato, sulla asserita diseguaglianza delle parti aderenti al rapporto, quanto invece sull'interesse generale ed esterno all'autorità idoneo a pervaderne l'attività complessivamente intesa[104].

Costituirono espressione delle presenti posizioni tanto la costruzione di Marzuoli quanto quella di Falcon[105].

In particolare, il primo valorizza la pregnanza ed immanenza dell'interesse pubblico nell'attività amministrativa, la quale quindi, anche laddove svolta secondo moduli privatistici, non potrebbe che conformarsi, ai fini della relativa validità, a quel "vincolo di scopo" rappresentato proprio dal conseguimento dell'interesse generale[106].

Il secondo, in aperta critica con la costruzione gianniniana del contratto ad oggetto pubblico, afferma invece come, anche nel caso in cui, nella cura dell'interesse

---

[102] Cfr. G.PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato,* Milano, Giuffrè, 1965, pp. 76-80, il quale evidenzia come lo strumento privatistico non debba comunque costituire un espediente idoneo a sottrarre l'amministrazione da quelle forme di controllo proprie del diritto pubblico. Sulla scorta di tali premesse, sostiene l'Autore, come anche quindi l'attività di diritto privato non può che conformarsi allo statuto costituzionale di quella amministrativa offrendo dunque un'adeguata ed effettiva tutela agli interessi pubblici e privati dalla stessa lambiti.

[103] Cfr. A.ORSI BATTAGLIANI, *Accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, 1982, p. 57-60. In particolare, l'Autore propone un'idea di pubblicità dell'amministrazione connessa a qualsivoglia forma di svolgimento del potere. Tale pubblicità, frutto dell'interazione di principi quali quello di legalità e aderenza allo scopo, verrebbero quindi ad imporsi indipendentemente dal carattere autoritativo o meno degli strumenti utilizzati

[104] Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, op. cit., p. 80.

[105] Cfr. C.MARZUOLI, *Il principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione,* Giuffrè, 1982; Cfr. G.FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, op. cit..

[106] Cfr. C.MARZUOLI, op. cit., pp. 163-164.

pubblico, l'autorità ricorra a strumenti negoziali, si imporrebbe pur sempre, l'esigenza di preservare le garanzie proprie dell'agire amministrativo[107].

Conseguentemente, l'accordo con il quale l'amministrazione dispone di oggetti pubblici non può che quindi essere collocato in un contesto propriamente pubblico risultando, infatti, atto espressione di discrezionalità amministrativa ancorché connesso, ai fini della produzione dei relativi effetti, alla volontà del privato[108].

In particolare, secondo tale prospettiva, il soggetto pubblico aderirebbe all'accordo attraverso un atto amministrativo che si combinerebbe con una volontà di contenuto identico del privato teso alla regolazione della comune fattispecie[109].

È solo, infatti, mediante tale costruzione che si assicurerebbe una maggior tutela dell'interesse pubblico applicandosi quindi uno statuto propriamente pubblicistico idoneo a garantire da un lato, una maggior tutela del terzo mentre, dall'altro, l'esercizio di poteri pubblicistici sulla fattispecie, da apprezzare alla luce delle adeguate garanzie procedimentali[110].

Nella prospettiva dell'Autore si assiste quindi ad una sorta di palingenesi del contratto di diritto pubblico ricavato in via dogmatica dallo stesso sistema di diritto amministrativo in relazione al quale, sono quindi individuati poteri idonei a dar luogo a negozi bilaterali ampliativi della sfera giuridica del privato[111].

---

[107] Scrive l'Autore:*" Se per superamento del criterio dell'interesse come discriminante tra strumenti di diritto pubblico e privato si intenda l'abbandono dell'idea che attraverso il diritto privato possano perseguirsi solo fini personali ed egoistici la tesi può essere condivida…; se però si volesse con ciò negare che l'interesse pubblico, come interesse giuridicamente qualificato e rilevante, può cogliersi solo entro una prospettiva di diritto pubblico, una simile tesi non potrebbe, ci pare trovare accoglimento".* Cfr. G.FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche,* op. cit., p. 223; sul rapporto fra contratto e garanzie procedimentali cfr., op. ult. *cit.,* p. 261.

[108] L'Autore nel perorare l'esistenza di un atto unico frutto dell'apporto pubblico e privato confuta altresì anche la risalente tesi dell'inammissibilità di atti dal contenuto ibrido. Secondo Falcon, infatti, la fusione propedeutica alla formazione dell'atto negoziale non è da apprezzarsi in senso naturalistico come fusione fra volontà omogenee quanto invece su quello contenutistico. In altri termini, le volontà, al di là della relativa natura, devono tendere ad un risultato unico, palesando quindi fini fra di essi complentari. Cfr. G.FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche,* op. cit., p. 244; Cfr., op. ult. cit., p. 259.

[109] Cfr. G.FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche,* op. cit., p. 242 e ss.

[110] Cfr. G.FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche,* op. cit., p. 260 e ss.

[111] Cfr. G.GRECO, *L'accordo amministrativo,* op. cit., p. 42.

Brevi cenni conclusivi.

La disamina svolta ha cercato di ripercorrere concisamente alcune delle principali linee teoriche, emerse nella seconda metà del XX secolo, in merito al convulso rapporto fra potere e contratto. Da posizioni aprioristicamente riottose ad ammettere lo strumento privatistico quali mezzo di cura concreta dell'interesse pubblico, la dottrina, complice il rinnovato e sopravvenuto contesto giuridico, ha quindi manifestato maggiori aperture in ordine all'esercizio di funzioni pubbliche secondo moduli convenzionali. Pur rifiutando dunque la categoria generale ed ibrida del contratto di diritto pubblico, la riflessione dogmatica opta per la ricostruzione dei rapporti aventi ad oggetto la disposizione e cura di oggetti pubblici, mediante i modelli dualistici o a doppio grado, maggiormente capaci, attraverso un'adeguata ricostruzione concettuale, a cogliere plasticamente le diverse anime del rapporto, pubbliche e private, fra di esse costantemente interagenti e sovrapposte nel perseguimento dell'interesse pubblico. A dispetto delle sensibili aperture descritte tese quindi a valorizzare la dimensione privata del rapporto intercorrente fra amministrazione e privato non mancarono tuttavia posizioni a tratti reazionarie tese a perorare, per mezzo della valorizzazione del profilo finalistico che permea e qualifica l'attività amministrativa, una progressiva attrazione all'interno di un regime propriamente pubblicistico dei rapporti ad oggetto pubblico.
Il dibattito dottrinale veniva quindi a caratterizzarsi per una continua tensione fra differenti prospettive in merito al rapporto fra potere e contratto continuamente tese a spostarne il baricentro ora sul versante privatistico ora invece su quello pubblicistico. Tali costruzioni costituirono quindi l'*humus* concettuale sul quale venne ad incidere la legge sul procedimento amministrativo del 7 agosto 1990, n. 241, la quale, in una complessa opera di razionalizzazione e consolidamento dei principali approdi esegetici, in tema di procedimento e provvedimento, codificò all'art. 11 la fattispecie dell'accordo amministrativo ovvero di un accordo avente ad oggetto proprio l'esercizio di funzioni pubbliche. Tuttavia, come si avrà modo di vedere nel prosieguo del lavoro, tale norma più che sopire i dubbi interpretativi contribuì ad alimentare un rinnovato dibattito che risulta peraltro ancora in atto.

CAPITOLO 2 - L'attività contrattuale della pubblica amministrazione alle soglie del XXI secolo.

1. Contenuto e limiti della capacità di diritto privato delle pubbliche amministrazioni.

Gli studi concernenti il delicato snodo fra contratto e provvedimento ricevettero nuova linfa, verso la fine del XX secolo, per mezzo dell'intervento di profondi mutamenti del sistema di diritto amministrativo[112].

Si trattò, in particolare, di trasformazioni che, seppur nella loro eterogeneità, posero prepotentemente lo strumento negoziale al centro del sistema dell'azione amministrativa, sollecitando quindi una nuova e profonda riflessione idonea a delineare i limiti e modo d'essere dell'attività contrattuale del soggetto pubblico[113].

Un primo impulso, nel verso dello sviluppo dell'indicata disamina, venne direttamente dal diritto sovranazionale europeo, il quale, infatti, oltre a temperare molti dei profili di specialità dei diversi orientamenti nazionali, contribuì a mutare il rapporto intercorrente fra potere e attività private, riducendo, da un lato, i margini di discrezionalità dell'amministrazione e valorizzando, dall'altro, una sostituzione dei moduli di intervento autoritativi con quelli consensuali[114].

---

[112] Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit., p. 86 e ss; cfr. A.TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni 90'*, in Foro It., 1997.

[113] Cfr. F.SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amministrativo*, fasc. 4, 2016, p. 550.

[114] Cfr. M.D'ALBERTI, *Poteri Pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 99 e ss.; La ricerca del dialogo e dell'accordo con il privato diviene peraltro, nella prospettiva europea, sempre più imperativo dal carattere cogente e non programmatico. Nella ricerca infatti di un'amministrazione semplice, aperta e trasparente si modifica la fisionomia degli strumenti di intervento pubblico sull'economia, passando quindi da moduli propriamente autoritativi a quelli di natura negoziale tesi a ricercare il consenso del consociato parte contraente. A fronte delle avvertite esigenze, espressione dunque di un'evidente crisi del risalente metodo unilaterale che aveva caratterizzato in principio l'azione pubblica, non stupisce quindi come il principio di consensualità sia stato progressivamente ricondotto, a livello europeo, nel perimetro del principio ad una buona amministrazione, sancito nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, spingendo dunque nel verso dell'idea di un'autorità pubblica fondata su un'inedita logica di negoziazione e cooperazione. Cfr. M.DE DONNO, *Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa, gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati,* in Federalismi.it Rivista di diritto pubblico, italiano, comparato, europeo, n. 6/2018, pp. 5-6.

Tale sostituzione risultò ulteriormente innervata dai complessi processi di privatizzazione del settore pubblico intrapresi a partire dagli anni Novanta del XX secolo, i quali contribuirono altresì a disvelare, progressivamente, l'inadeguatezza dello strumento burocratico, sovente eccessivamente formale e rigido, a garantire una corretta cura di una realtà sociale, strutturalmente dinamica e complessa, quali quella coeva[115].

Un'effettiva consacrazione della consensualità nell'attività amministrativa ebbe peraltro luogo solo attraverso la legge sul procedimento amministrativo, 7 agosto 1990, n. 241, mediante la quale, infatti, si elevò a principio l'idea secondo cui le amministrazioni potessero ordinariamente ricorrere a strumenti consensuali, nella cura concreta del pubblico interesse[116].

Per l'effetto della presente legge, si contribuì quindi a superare la descritta e risalente contrapposizione ideologica fra modello di azione pubblicistico e quello privatistico rilevando infatti entrambi quali strumenti neutri rispetto ai generali fini perseguiti[117].

---

[115] L'idea del diritto privato quale strumento veicolo di efficienza efficacia ed economicità dell'azione del soggetto pubblico appare invero evidente con riferimento alla privatizzazione degli enti pubblici, ovvero a quel complesso procedimento di trasformazione dell'organizzazione dell'ente pubblico da forme propriamente pubbliche a quelle societarie. In disparte infatti le ragioni storiche sottese al fenomeno, la privatizzazione muove dall'intima esigenza di garantire una più compiuta razionalizzazione dei soggetti pubblici offrendo loro strumenti di intervento duttili, flessibili, lungi dalle rigidità proprie del diritto pubblico. Cfr. M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 354-355; Cfr. V.CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato,* Giappichelli, Torino, 2011, p. 8 e ss.. Una questione interpretativa tradizionalmente legata a processi di privatizzazione è quella di definire dove debba essere collocata la linea di confine fra attività amministrativa e attività di diritto privato in senso proprio. Parte della giurisprudenza, motivata dall'esigenza di colpire fenomeno elusivi della disciplina pubblicistica, ha infatti sostenuto che l'autorità svolga attività amministrativa non solo quando esercita poteri autoritativi ma, altresì, nel caso in cui persegue le proprie finalità e scopi istituzionali con strumenti di natura squisitamente privatistici. La tendenza "espansiva" poc'anzi descritta, ancorché condivisibile nelle sue linee di fondo, ha tuttavia sovente suscitato forti ibridazioni e complessità interpretative rendendo invero sovente ostica l'esatta perimetrazione del novero dei soggetti pubblici, nonché del regime normativo ad essi applicabile. Cfr. M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, pp. 107-108; Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit., p. 88.

[116] Come anticipato, la valorizzazione degli strumenti negoziali si insinua in un complesso processo interpretativo teso a mutare radicalmente il rapporto intercorrente fra autorità e cittadino. Attraverso infatti la l. 241/1990, si colma la distanza intercorrente fra gli attori del procedimento, i quali, per mezzo per l'appunto, ora delle garanzie procedimentali, ora degli istituti negoziali in esame, si atteggiano a protagonisti della cura concreta dell'interesse pubblico dando seguito a quella concezione "paritaria" del diritto amministrativo, teorizzata in dottrina già nel corso degli anni Settanta dello scorso secolo. Cfr. M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 242

[117] Cfr. F.DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2012; M.FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Dike, 2018, p. 449; in altri termini, si assisteva al

A dispetto delle sensibili aperture descritte al diritto privato, seguì peraltro la progressiva definizione di uno statuto giuridico unitario del potere pubblico, applicabile tanto in presenza di un'attività di diritto amministrativo quanto di quella di diritto comune[118] .

In particolare, tale statuto venne ricavato, in linea con gli approdi interpretativi emersi negli anni ottanta, a partire da quel principale elemento di specialità dell'azione amministrativa rappresentato dalla cd. funzionalizzazione, ovvero da quel necessario perseguimento della cura concreta dell'interesse pubblico, predefinito a monte dalla norma di legge[119].

Per l'effetto della presente impostazione si diede quindi luogo ad una sorta di tendenza di "ri-pubblicizzazione" diretta, attraverso un esame della natura

---

superamento di quella prospettiva dicotomica plasticamente resa da Mauro, secondo il quale *"il paesaggio giuridico, quali che se ne considerino estensione ed elementi costitutivi, si dividerebbe in pubblico e privato un po' come il globo si divide in emisfero settentrionale e meridionale. Sarebbe sufficiente oltrepassare l'equatore, spostandosi di un'inezia, in una direzione o nell'altra, e il paesaggio, improvvisamente, non sarebbe più lo stesso: uomini e cose presenterebbero ben diversi aspetti; i modi di agire sarebbero irriconoscibili; e lo stesso linguaggio muterebbe a tal punto da rendere (poco meno che) incomunicanti due mondi pur confinanti"*. Cfr. E.MAURO, *Note in tema di diritto amministrativo paritario*, Lecce, 2007, p. 13.

[118] Cfr. F.G.SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in Enc. Dir. Aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002, par. 11 e 12.

[119] Diversamente infatti dall'autonomia negoziale privata, intesa come libertà di scopo e di scelta dei fini da perseguire, l'autonomia del soggetto pubblico si muove comunque in un ambito di eteronomia, scandito dal principio di legalità. In altri termini, l'azione amministrativa è pur sempre attività di esecutiva che da seguito ad un assetto di interessi predefinito a monte dalla norma di legge (Cfr. G.DURANO, *La disciplina degli accordi amministrativi e il loro utilizzo quale strumento di gestione e pianificazione del territorio*, in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio* (a cura di P.URBANI), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 304-305; P.CARPENTIERI, *L'azione amministrativa e la sua innegabile specialità: alcuni spunti di riflessione a margine della riforma della l. n. 241 del 1990*, in www.giustiziaamministrativa.it). Proprio il suddetto profilo, costituente a ben vedere elemento discretivo fra l'attività di diritto comune del soggetto privato e quella omologa del soggetto pubblico, rappresentò quindi la base a partire dalla quale venne progressivamente enucleato uno statuto giuridico unitario dell'attività amministrativa, capace quindi di offrire adeguato sfogo e tutela alle esigenze e specificità proprie dell'interesse pubblico a prescindere dalle concrete modalità di cura dello stesso. Attraverso il suddetto statuto veniva quindi assoggettata alla logica del procedimento ogni manifestazione di volontà del soggetto pubblico. In tal modo, non solo si assicurava una più pregnante verifica dell'attività amministrativa comunque denominata, per mezzo dei controlli amministrativi e giurisdizionali, ma poteva altresì garantirsi una più efficace tutela dell'interesse pubblico che diversamente avrebbe potuto compromesso dal mero ricorso al modulo privatistico.; Cfr. A.M.SANDULLI (a Cura di), Codice dell'azione amministrativa, Giuffrè, 2017, p. 218; sulla pregnanza del momento funzionale nell'esercizio dell'attività amministrativa cfr. A.ROMANO, *Introduzione,* in *Diritto amministrativo* (a cura di L.MAZZAROLLI, G.PERICU, A.ROMANO, F.A.ROVERSI-MONACO, G.SCOCA) , Bologna (I ed.), 1993, Vol. I, p. 54 e ss. Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit., p. 91.

sostanziale dei rapporti amministrativi, ad applicare categorie e moduli propri del diritto pubblico altresì all'attività amministrativa di diritto comune[120].

Attraverso la presente impostazione veniva quindi, conseguentemente, a delinearsi un diritto "comune speciale", il cui fondamento, in linea con quanto già in precedenza evidenziato, non era più ravvisato nella supremazia del soggetto pubblico rispetto a quello privato, quanto invece, nella peculiarità del fine pubblico perseguito[121].

Ancorché apprezzabile nelle sue linee di fondo, la tesi funzionale ha tuttavia molto spesso, ed invero talvolta in modo del tutto ingiustificato, determinato una concreta contrazione della capacità di diritto comune delle pubbliche amministrazioni, sovente motivata dalla convinzione, surrettiziamente embricata nella dottrina e giurisprudenza, dell'inadeguatezza dello strumento privato rispetto alla realizzazione della cura concreta dell'interesse pubblico[122].

In altri termini, per l'effetto di tale impostazione, veniva quindi a delinearsi una disciplina giuridica dei rapporti negoziali della pubblica amministrazione sovente ibrida, dai contorni incerti, che al di là della formale veste privatistica rimaneva pur sempre saldamente ancorata ad una cornice e sostanza propriamente pubblicistica[123].

---

[120] Cfr. F.MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, 1997, pp. 39 e ss.; si tratta della nota "risacca pubblicistica" che andava sovente a vanificare e distorcere le finalità perseguite mediante l'impiego di strumenti di diritto privato da parte delle amministrazioni. Cfr. F.SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amministrativo*, op. cit., p. 552-553; il fenomeno esaminato trova una sua compiuta analisi, con vena critica, in G.NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"*?, in Diritto Amministrativo, fasc. 4, 2003, pp. 801 e ss.. In questo senso cfr. G.NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003, p. 176 e ss. il quale parimenti critica, l'orientamento sostanzialista della giurisprudenza nazionale diretto a individuare in modo univoco la reale natura del soggetto così da poter applicare o disapplicare, integralmente, il regime giuridico di diritto pubblico. In particolare, l'Autore evidenzia come l'indagine sulla natura giuridica dei vari enti comporti, da un lato, una forzatura dell'articolazione delle diverse figure soggettive delineate dal diritto amministrativo, mentre, dall'altro, produce effetti rigidi che sovente contraddicono il ricorso medesimo alle presenti figure.

[121] In questo senso, cfr. E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati,* op. cit., p. 68-69.

[122] Sull'inadeguatezza della lettura in termini meramente privatistici dei rapporti contrattuali delle amministrazioni cfr. E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati,* op. cit., p. 69; Cfr. sulla tendenza panpubblicistica cfr. G.GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato,* in *La disciplina generale dell'attività amministrativa: saggi ordinati in sistema,* Jovene, 2016, pp. 69-87.

[123] A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit. p. 349 e ss.; L'incertezza della tesi descritta appare invero evidente nella considerazione per cui se è indubbio che l'amministrazione

La tendenza poc'anzi descritta è stata peraltro criticata da altra parte della dottrina la quale ha invero proposto una rilettura della capacità di diritto di diritto privato delle pubbliche amministrazioni tesa a valorizzare il ruolo dello strumento negoziale nel perimetro dell'attività amministrativa[124].

In particolare, secondo tale ulteriore prospettiva, perché un'esigenza funzionale possa trovare sfogo, altresì nel quadro dei rapporti contrattuali della pubblica amministrazione, sarebbe necessario, non già la mera indicazione del perseguimento dell'interesse generale, quanto, più correttamente, la presenza di una disposizione *ad hoc* che deponga in tal senso[125].

In altri termini, un'alterazione del contenuto e forma degli strumenti negoziali dell'autorità sarebbe possibile solo laddove sussista un'espressa previsione di legge, la quale, in ossequio quindi al principio di legalità, attribuisca peso, altresì nell'attività di diritto comune della pubblica amministrazione, all'interesse pubblico[126].

Quanto concisamente detto troverebbe peraltro diretto conforto nella lettera dell'art. 1, co. 1-*bis* della l. 241 del 1990, il quale, infatti, nell'individuare nello strumento negoziale, un mezzo di intervento ordinario dell'autorità *"salvo che la legge non disponga diversamente",* chiarirebbe in modo univoco come l'interesse pubblico può incidere in verso modificativo sulla disciplina del negozio posto in essere dall'autorità, solo in presenza di una chiara opzione normativa del Legislatore[127].

---

debba perseguire un pubblico interesse è parimenti vero che è allo stesso tempo difficile stabilire in concreto se un atto sia stato compiuto in contrasto con le finalità dell'ente e con lo scopo dallo stesso perseguito, risultando infatti la suddetta verifica, inficiata da dalla genericità del concetto medesimo di scopo. In questi termini cfr. S.VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche,* Cedam, 2008, p. 38.

[124] Cfr. G.GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, op. cit., p. 69 e ss.; Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit. pp. 384 e ss.

[125] A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit. pp. 385.

[126] Secondo alcuni fra i primi commentatori, l'art. 1, co. 1-*bis* avrebbe introdotto una sorta di riserva di legge tesa ad escludere, in materia contrattuale, la validità di deroghe al diritto comune che non trovino espressa conferma in una disposizione di legge ma siano semplicemente frutto di una passi amministrativa o della giurisprudenza. Cfr. D.DE PETRIS, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione e l'art. 1, comma 1-bis della legge n. 241/1990,* in giustam., n. 11/2006.

[127] In altri termini, come autorevolmente sostenuto, per l'effetto della presente disposizione *"la presunzione che il diritto pubblico sia la regola e il diritto privato l'eccezione nell'agire della pubblica amministrazione non può più essere sostenuta".* Per l'effetto della norma viene quindi ad imporsi la presunzione secondo cui l'attività non autoritativa della amministrazione si presume, salvo diversa indicazione di legge di diritto comune. Più nello specifico la disposizione avrebbe fugato ogni dubbio in merito all'ampiezza della capacità generale di diritto comune dell'autorità.

La disposizione indicata, nella sua concisione, introdurrebbe quindi una significativa inversione di tendenza rispetto alla pregressa impostazione dogmatica, secondo la quale, infatti, il diritto pubblico costituiva l'ordinario paradigma dell'azione dell'amministrazione, cui attingere in caso di dubbio interpretativo[128].

Per l'effetto della presente *"scheggia normativa"*, il Legislatore avrebbe infatti segnato una definitiva privatizzazione dell'attività amministrativa non autoritativa, non solo, in senso operativo, imponendo quindi di privilegiare moduli funzionali privatistici, ma altresì dal punto di vista interpretativo, sollecitando dunque l'interprete a colmare eventuali lacune di sistema, ricorrendo a norme di diritto privato[129].

La bontà della presente tesi sarebbe peraltro parimenti corroborata, sotto altra prospettiva, da quella recente evoluzione del sistema di diritto civile del tutto idonea a scardinare quel "pregiudizio civilistico", prima descritto[130].

Se infatti l'art. 11 c.c. poteva avallare la tesi del condizionamento di suddetta capacità da parte della disciplina del diritto pubblico, attualmente l'art. 1, co 1-bis, dato il rinvio generico alle *"norme di diritto privato"* consente invece l'utilizzo di tutti gli strumenti a disposizione dei soggetti privati. Cfr. G.GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato,* op. cit., p. 81; A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit., pp. 384-385. Per un'approfondita analisi dell'iter di approvazione dell'art. 1, co. 1-bis in esame cfr. DE LEONARDIS, *Procedimento amministrativo e attività di diritto privato*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A.ROMANO, Torino, 2016, pp. 95-96; la tesi descritta presenta analogie con le riflessioni svolte da G.PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova, Milano, 1966, p. 63 e ss.

[128] Cfr. V.CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N.PAOLANTONIO, A.POLICE, A.ZITO, Giappichelli, Torino, 2005; nello stesso senso cfr.V.CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in Astrid rassegna, fasc. 4, 2005, pp. 6 e ss..

[129] Cfr., E.MAURO, *Note in tema di diritto amministrativo paritario*, op. cit., p. 83. Secondo un'ulteriore chiave interpretativa, laddove la scelta fra provvedimento e contratto non sia in concreto possibile, rientrando la produzione dell'effetto nell'esclusiva disponibilità dell'amministrazione, la norma in esame permetterebbe di rileggere gli istituti propri del diritto amministrativo in chiave privatistica, tanto da poter qualificare una determinazione amministrativa come atto giuridico in senso stretto o negozio giuridico, con tutte le conseguenze che da ciò discendono, in punto di regime giuridico e tutela giurisdizionale. Cfr. R.GIOVAGNOLI-M.FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza, procedimento e accesso*, I, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 55-56; per un'individuazione degli atti non autoritativi cfr.V.CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa,* p. 8, Cfr. G.GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato,* op. cit., pp. 71 e ss.

[130] Per una più ampia ricostruzione della presente critica cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit., pp. 371 e ss..

Tale convincimento radicherebbe infatti le proprie radici nella risalente e vetusta idea del diritto civile e del contratto, suo principale strumento, quale mezzo di mera cura di interessi egoistici e particolari delle parti, del tutto distanti quindi dall'oggetto proprio dell'attività amministrativa rappresentato, di converso, dall'interesse generale.

La presente lettura, invero del tutto anacronistica, non terrebbe tuttavia conto delle profonde trasformazioni sociali, politiche ed economiche, intervenute a partire dalla seconda metà del XX secolo aventi contribuito a mutare la stessa fisionomia del contratto prima descritta[131].

Se originariamente, infatti, il contratto era mezzo di cura di interessi particolari, selezionati e curati dall'autonomia negoziale delle parti, è pur vero come oggi, lo stesso si atteggia, sovente, a strumento di cura dell'interesse pubblico che trova puntuale sfogo nel rapporto mediante puntuali disposizioni legislative[132].

Esigenze solidaristiche, di matrice costituzionale, impongono infatti una sempre maggiore contrazione dell'autonomia negoziale delle parti, aprendo conseguentemente il rapporto ad una prospettiva e respiro orizzontale, di rispondenza non solo quindi all'interesse delle stesse quanto altresì di quello generale.

Parallelamente, alla contrazione e superamento del dogma della signoria delle parti, si assiste alla dilatazione, in misura del tutto proporzionale, del sindacato del giudice orinario sul contenuto del rapporto teso sempre più, per l'effetto ora di puntuali disposizioni positive, ora dell'impiego della poliedrica clausola di buona fede, a scandagliarne l'equità, ovvero la giustizia[133].

---

[131] Cfr. V.ROPPO, *Il contratto,* II ed., Milano, Giuffrè, 2011; Cfr. F.GALGANO, *Il contratto,* ed. II, Cedam, 2011; A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit. pp. 373 e ss..

[132] In altri termini, *"il contratto si manifesta e opera in una dimensione collettiva, spersonalizzata"* nella quale si moltiplicano *"gli interventi pubblici che, per proteggere l'interesse generale o l'interesse delle categorie sociali deboli, limitano la libertà contrattuale"*. Cfr. V.ROPPO, *Il contratto,* op. cit., p. 43 e ss.

[133] La problematica dell'ampiezza del sindacato, da parte dell'autorità giudiziale ordinaria, sull'equità dello scambio a monte che le parti realizzano mediante il contratto, rappresenta probabilmente una fra le più complesse ed ampie questioni del diritto privato. Seguendo la prospettiva tracciata da parte della manualistica civilistica tale interrogativo non potrebbe, in linea di principio, che essere risolto negativamente (Cfr. F.GALGANO, *Il contratto,* op. cit., p. 547-548). In un sistema come quello del codice civile del 1942 saldamento arroccato al principio della signoria delle parti, il contenuto e l'equità dell'accordo non possono che, infatti, risultare del tutto scevri e impermeabili al controllo giudiziale. In altri termini, coerentemente con tale prospettiva,

In altri termini, l'autonomia negoziale diviene, nell'evoluzione dei rapporti fra privati, una fra le fonti di regolazione degli stessi, sempre più pervasi ed incisi da fonte eteronome di rango positivo, tese a condensare nel rapporto medesimo interessi di natura super individuale che dialogano e convivono con quelli particolari delle parti, in funzione dello scopo dalle stesse convenuto.

Se dunque il contratto diventa, per le ragioni esposte, strumento per il perseguimento del fine pubblico allora non può che quindi cadere altresì quel "pregiudizio civilistico" surrettiziamente embricato nella dottrina amministrativa, rilevando infatti lo strumento negoziale quale mezzo di pari dignità, altresì costituzionale, rispetto a quello pubblicistico, per il perseguimento dell'interesse generale[134].

---

l'equilibrio patrimoniale dello scambio sarebbe prepotentemente assorbito da quello negoziale risultando, conseguentemente, del tutto interdetta la possibilità dell'autorità giudiziale di valutarne la congruità e l'equità (Cfr. M.FRATINI, *Il sistema di diritto civile, Il Contratto*, Dike, 2017). La presente prospettiva è tuttavia progressivamente caduta sotto le scure della successiva riflessione intervenuta, sempre più incline ad aprire il contenuto del regolamento contrattuale a quelle istanze solidaristiche ed equitative condensate, a livello costituzionale, nell'art. 2 Cost.. Indicativa di tale approccio risulterebbe, in primo luogo, la già indicata esperienza della regolazione asimmetrica che delineerebbe un insieme composito di strumenti di tutela della parte debole del contratto, funzionale a garantire l'equità e congruenza del contenuto del rapporto (Cfr. F.GALGANO, *Trattato di diritto civile,* op. cit., p. 617 cfr. Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128). In secondo luogo, la tendenza descritta sembrerebbe più prepotentemente imporsi per l'effetto dal maggior peso conferito direttamente, nel rapporto contrattuale, alla clausola della buona fede che si atteggerebbe a strumento teso a garantire, a prescindere dal rapporto di forze fra le parti, l'equità del contratto. Coerentemente, infatti, con la prospettiva tracciata dalla stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale una clausola contenutisticamente iniqua del contratto, violando il principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., mediato nel contratto dalla clausola di buona fede, non potrebbe che considerarsi radicalmente nulla ex art. 1418 c.c. Per l'effetto dunque della valorizzazione principio indicato il giudice delle leggi individuerebbe un limite pregnante all'autonomia negoziale che, erodendo l'anacronistico limite della signoria delle parti, assicurerebbe un diffuso controllo giudiziale funzionale a garantire un risultato negoziale "giusto ed equo" (Cfr. Corte Cost., 2 aprile 2014, ord. n. 77; conf. Cassazione, S.U., 6 maggio 2016, n. 9140).

[134] Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale*, op. cit., pp. 476 e ss; sulla copertura costituzionale dell'attività amministrativa di diritto privato cfr. V.CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato,* op. cit., p. 21 e ss. il quale, afferma come ancorché sia indubbio come a livello costituzionale le organizzazione deputate all'amministrazione siano concepite come pubbliche, è pur vero che, *"guardando alle pieghe del testo costituzionale",* appare comunque presupposta la capacità di diritto privato delle amministrazioni. Attraverso il rinvio a plurimi riferimenti costituzionali (si pensi ad esempio all'art. 42), presupponenti la suddetta capacità, si corroborerebbe peraltro quell'idea insita nel formante dottrinale dell'amministrazione paritaria ovvero di un'amministrazione nella quale l'esercizio di poteri autoritativi costituisce non già la regola quanto l'eccezione. Sulla neutralità degli strumenti di diritto comune rispetto al fine perseguito cfr. F.ALBO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa, Commento alla legge n. 241 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005* (a cura di R.TOMEI), CEDAM, 2005, p. 67.

L'attività amministrativa fra provvedimento e contratto: considerazioni conclusive.

Alla luce delle pregresse considerazioni è quindi possibile affermare come la pubblica amministrazione, ad esito del lungo processo interpretativo e normativo descritto, goda oggi, di una capacità di diritto comune del tutto sovrapponibile a quella del soggetto privato.

Come tuttavia precisato, tale capacità non sarebbe di per sé piena, risultando infatti di volta in volta conformata da puntuali prescrizioni normative che darebbero dunque riverbero, altresì nei rapporti negoziali dell'autorità, alla cura concreta del pubblico interesse[135].

La tendenza descritta appare quindi ricognitiva della tensione in atto, sul piano positivo, fra anime e realtà fra di esse apparentemente distanti che richiedono, conseguentemente, una corretta razionalizzazione e contemperamento. All'apertura dell'autorità al diritto privato segue infatti sovente, una "controspinta pubblicistica", di entità e contenuto variabile a seconda del tipo di attività oggetto di privatizzazione nonché della natura degli interessi dalla prima coinvolti[136].

A dispetto del profilo descritto non appare comunque dubbio come il diritto privato, in linea con le posizioni in precedenza esaminate, sia comunque strumento di dignità pari a quello autoritativo il cui sempre maggior impiego, nell'esercizio dell'attività amministrativa, non può, in alcun modo, essere erroneamente inteso come pericolosa retrocessione del diritto amministrativo.

Nonostante, infatti, si assiste sempre più a una progressiva apertura dell'attività del soggetto pubblico al diritto comune, il diritto amministrativo, come correttamente affermato in dottrina, non perde in alcun modo la propria identità, risultando infatti, non già diminuito quanto più correttamente arricchito[137].

---

[135] Cfr. V.CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato,* p. 22.

[136] Cfr. B.MARCHETTI, *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, in Pubblico e privato nell'azione amministrativa, problemi e prospettive (a cura di G.FALCON B.MARCHETTI), Cedam, p. 32.

[137] Cfr. M.D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2012, fascicolo n. 4, p. 1023; in tema cfr. S.CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2002, p. 27.

Accanto ai principi generali del diritto amministrativo, oggi direttamente individuati dall'art. 1 della L. 241/1990, tendono, quindi, progressivamente ad imporsi quelli propri del diritto civile costituenti dunque principi di diritto comune, a respiro orizzontale, valevoli tanto per gli operatori pubblici quanto per quelli privati[138].

Tali principi si caratterizzano peraltro per una fisiologica tendenza espansiva risultando, infatti, applicabili non solo all'attività consensuale dell'amministrazione quanto anche a quella propriamente autoritativa, in relazione alla quale fungono tanto da elementi di chiusura del sistema, idonei quindi a colmarne eventuali lacune, quanto, da strumenti di contrappeso e limite all'attività del soggetto pubblico[139].

---

[138] Cfr. M.D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, op. cit., p.1023. In particolare, in quella che è la tassonomia classica proposta dalla manualistica fra i principi di diritto civile altresì applicabili in materia amministrativa rilevano, in particolare, quello di buona fede, correttezza nonché, più recentemente, per l'effetto dell'influenza del diritto sovranazionale europeo, di concorrenza. Cfr. M.D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo,* Torino, Giappichelli, 2012, p. 48 e ss.

[139] Cfr. M.D'ALBERTI, *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, IlMulino, 2010, p. 67 e ss.. Indicativa di tale tendenza risulta in particolare la copiosa giurisprudenza emersa in merito alla tutela dell'affidamento legittimo del privato, tutela storicamente emersa per l'effetto dell'influenza del diritto sovranazionale europeo ed oggi sempre più ricavata dalla giurisprudenza amministrativa dalla clausola di buona fede oggettiva di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.. Complice, infatti, una rinnovata lettura del rapporto fra amministrazione e cittadino, non più concepito in termini di subordinazione quanto invece di relazione dialogica fra le parti interessate, l'affidamento del privato viene quindi ad assumere un'inedita collocazione sistematica, atteggiandosi invero contrappeso e limite all'esercizio del potere autoritativo. Limite che laddove violato non può che tradursi nell'illegittimità del provvedimento. Tale assunto, peraltro oltre che trovare seguito sul piano positivo (si pensi ad esempio alla disciplina dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies* della L. 241/1990) tende sempre più ad imporsi nel formante giurisprudenziale. A tal proposito, emblematico appare il caso, oggetto della riflessione e approfondimento della giurisprudenza orinaria e amministrativa, della cd. responsabilità da provvedimento favorevole ovvero della responsabilità del soggetto pubblico per il danno inferto al privato dalla rimozione legittima in autotutela di un provvedimento allo stesso favorevole. In tal caso, infatti, pur in presenza della legittimità dell'azione amministrativa vengono comunque in rilievo profili di responsabilità del soggetto pubblico come conseguenza della di quei principi di buona fede e correttezza che dovrebbero invero presiedere l'esercizio dell'attività amministrativa complessivamente intesa (cfr. Cass., S.U., ord. nn. 6594,6595,6596/2011; 17586/2015). Cfr. G.ROSSI, *Principi di diritto amministrativo,* ed. II, Torino, Giappichelli, p. 106-108. Sul rapporto fra buona fede e diritto amministrativo cfr. inoltre F.MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza",* Milano, Giuffrè, 2001, da p. 2 a 9. In particolare, l'Autore, nel ricostruire la lenta evoluzione avente condotto all'affermazione del principio di buona fede altresì nel diritto pubblico, evidenzia come lo stesso anziché essere principio ricavabile dall'addentellato normativo costituzionale rappresenterebbe, più correttamente, una norma verticale, ovvero una disposizione di integrazione della gerarchia delle fonti complessivamente intese. La buona fede, in altri termini, si atteggerebbe a norma di completamento di ogni tipo di produzione codificata del diritto che, in quanto principio cardine del pensiero giuridico occidentale, sublima altresì nella riflessione della Corte di Giustizia europea come principio di "civiltà giuridica europea". Conseguentemente, coerentemente con tale lettura, potrebbe quindi concludersi che la buona fede e l'affidamento non sono prodotto delle moderne costituzioni in quanto, come

L'incontro fra i due sistemi, oltre che imporsi per l'effetto dell'evoluzione del diritto positivo, transita dunque attraverso altresì al ricorso di categorie generali che travalicano la pregressa e ormai vetusta dicotomia pubblico privato.

In altri termini, come correttamente evidenziato in dottrina, problema dell'interprete non è più quello di stabilire quale fra il diritto civile o amministrativo sia di volta in volta prevalente, quanto più correttamente, quello di addivenire ad una visione unitaria del sistema, nel quale gli strumenti offerti da ambo le discipline vanno dunque indifferentemente impiegati a seconda della situazione concreta analizzata[140].

---

ironicamente sostenuto dal Leisner, modificando una nota frase di Otto Mayer, *"le costituzioni passano, ma la tutela dell'affidamento resta".* Sul rapporto fra principi di diritto civile e attività amministrativa cfr. Cons. St, Sez. IV, sentenza del 9 aprile 2019, n. 2265, in base al quale: *"A conferma dell'inquadramento sistematico che precede deve essere richiamata la recente pronuncia della Adunanza plenaria n. 5 del 2018 la quale ha generalizzato la cogenza del principio generale di buona fede, ritenendola operante in tutti i rapporti di diritto pubblico. Con tale pronuncia è stato evidenziato, in particolare, che la giurisprudenza, sia civile che amministrativa, ha in più occasioni affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr., fra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6 cit.; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656). La medesima pronuncia ha quindi rimarcato la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, osservando che le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dall'amministrazione. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma – sussistendo gli specifici presupposti pure individuati dall'Adunanza Plenaria nella sentenza ora richiamata - a responsabilità per il comportamento complessivamente tenuto, se violativo delle regole di correttezza e buona fede."*

[140] Cfr. G.P.CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune,* Cedam, Milano, 2018.

2. Gli accordi amministrativi nella legge 7 agosto 1990, n. 241.

Brevi cenni introduttivi.

Analizzato il perimetro e contenuto dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, è possibile conclusivamente soffermarsi su alcuni dei principali profili di quella peculiare forma di espressione della medesima rappresentata dall'accordo amministrativo, ovvero dell'accordo con il quale, in linea con la lettera dell'art. 11 della l. 241/1990, *"l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*[141].

Dalla nozione data, è possibile agevolmente individuare le due differenti forme nelle quali si articola la suddetta categoria, date rispettivamente dagli accordi endoprocedimentali o integrativi e gli accordi sostitutivi di provvedimento[142].

I primi, mirano a definire il contenuto del provvedimento finale il quale dunque, a dispetto del pregresso accordo, preserva comunque la propria configurazione di atto unilaterale. I secondi, invece, si surrogano al provvedimento, disciplinando, direttamente, la fattispecie concreta che ne costituisce oggetto.

A dispetto del differente contenuto nonché rapporto con il provvedimento finale, la dottrina ritiene che ambo le categorie di accordo siano comunque assoggettate alla medesima disciplina, direttamente ricavata dall'art. 11, nonché costantemente tesa fra diritto pubblico e privato[143]. In ambo i casi, infatti, ciò che rileva è un istituto dalla forma negoziale ma dalla sostanza provvedimentale, il quale, quindi pur strutturalmente prossimo alla categoria del contratto appare comunque radicato nel

---

[141] Dal combinato disposto della norma data con l'art. 1321 c.c., la dottrina ha altresì qualificato il suddetto istituto come accordo *"intercorrente fra una o più pubbliche amministrazioni ed una o più parti private, concluso in sostituzione di un provvedimento o per determinarne il contenuto. Tale accordo è diretto a produrre, in via diretta o mediata, gli effetti tipici del relativo provvedimento nonché a costituire, regolare o estinguere tra le parti che lo hanno concluso un rapporto giuridico patrimoniale".* Cfr. V.MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2003.

[142] M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 256-257.

[143] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* op. cit., p. 55 e ss.

solco del procedimento amministrativo e quindi finalizzato alla cura concreta dell'interesse pubblico.

Individuate le categorie negoziali nelle quali si articola l'accordo amministrativo, l'art. 11 detta inoltre alcune prescrizioni di carattere procedurale, concernenti la formazione del medesimo.

In particolare, accentuando il ruolo del privato, la norma consente allo stesso di promuovere la stipulazione dell'accordo, la cui conclusione può peraltro essere favorita da un insieme di incontri informali organizzati dal responsabile del procedimento.

A dispetto della dinamica partenariale indicata, che la norma valorizza nella prodromica fase della trattativa, non mancano comunque indicazioni tese a conferire, altresì nel suddetto caso, momenti di unilateralità propri dell'azione amministrativa provvedimentale. In base, infatti, all'art. 11, co. 4-*bis*, a garanzia dell'imparzialità dell'azione amministrativa, è comunque necessario che gli accordi siano preceduti da una determinazione dell'organo competente all'adozione del provvedimento attraverso la quale sono quindi definiti i limiti e contenuti della trattativa, da tradurre sul piano del contenuto dell'accordo[144].

---

[144] M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 257. L'incidenza della determina sulla formazione dell'accordo è stata recentemente affrontata in giurisprudenza da Cons. St., sez. IV, sent. 4027/2016. In particolare, la sentenza indicata offre interessanti spunti in ordine al procedimento di formazione e stipulazione delle convenzioni di lottizzazione, sussunte per le ragioni che si avrà modo nel prosieguo di evidenziare, nel perimetro degli accordi amministrativi. In particolare, coerentemente con quanto disposto dall'art. 28 della L. 1150 del 1942 nonché dagli artt. 42 e 107 del d.lgs 267/2000, se l'approvazione degli strumenti di pianificazione attuativa nonché dei connessi schemi di convenzione compete al Consiglio comunale, in quanto organo di indirizzo politico amministrativo, al contrario, la stipula della convenzione, rappresentando attività di mera gestione, spetta invece all'organo amministrativo. In coerenza con l'autonomia strutturale e procedimentale degli atti indicati occorre peraltro precisare che: 1) da un lato, il contenuto dell'accordo stipulato dal dirigente non può essere sostanzialmente diverso da quanto previsto dallo schema precedentemente approvato, né tantomeno può essere riconosciuto al dirigente medesimo un potere di modifica e/o integrazione delle clausole; 2) dall'altro lato, l'organo tenuto alla stipulazione del contratto, laddove ritenga che le clausole considerate ovvero lo stesso piano urbanistico attuativo contrastino con norme di legge, può rimettere le sue osservazioni all'organo competente, al fine di sollecitarne un'ulteriore valutazione nonché, eventualmente, l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-nonies l. n. 241/1990. La descrizione fatta del procedimento di formazione dell'accordo amministrativo rende inoltre evidenti le chiare analogie intercorrenti fra la formazione dell'accordo amministrativo in esame e la formazione del contratto di diritto privato posto che, l'approvazione dello schema di convenzione, pur espressione di una valutazione discrezionale dell'amministrazione, corrisponde a quell'accettazione di proposta, integrante l'elemento dell'accordo delle parti, richiesto dall'art. 1325 c.c. In ogni caso, qualora tra approvazione del piano attuativo / schema di convenzione e momento di stipulazione della stessa,

L'accordo amministrativo concisamente descritto deve da ultimo essere a sua volta distinto dall'accordo fra amministrazioni di cui al successivo art. 15, ovvero dell'accordo con il quale due o più autorità possono concordare l'esercizio di comuni funzioni. Anche in questo caso, ciò che è dedotto in oggetto è l'esercizio o il non esercizio del potere il cui contenuto, in una logica di semplificazione, è concertato dalle amministrazioni dal medesimo coinvolte. Tuttavia, se l'ipotesi dell'accordo amministrativo realizza una relazione "verticale", intercorrente fra autorità e cittadino, al contrario quella di cui all'art. 15 da invece luogo ad una dinamica orizzontale intercorrente fra amministrazioni.

A dispetto del suddetto profilo di asimmetria strutturale ambo le tipologie di accordo sono comunque accomunate sotto il profilo della disciplina posto che, l'art. 15, ai fini della regolazione dell'accordo fra amministrazioni, rinvia infatti espressamente a quella dell'art. 11[145].

---

vengano meno i presupposti sui quali la stessa approvazione è stata fondata, l'amministrazione, potrà non ritenersi obbligata alla stipulazione della convenzione, potendo valutare, conseguentemente, la sussistenza dei presupposti per la revoca dell'approvazione, ai sensi dell'art. 21-quinquies l. n. 241/1990. Quanto detto, corrisponde, peraltro, sia allo schema generale dell'attività convenzionale della pubblica amministrazione, di cui all'art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241, sia alle norme del codice civile in tema di rappresentanza (art. 1388), di contratto di mandato (art. 1711) e di poteri degli amministratori di società (art. 2381). Con riferimento alla prima ipotesi, è infatti previsto che "a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento amministrativo, in tutti i casi in cui l'amministrazione conclude accordi . . . la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento"; determinazione con la quale si rappresentano le ragioni di interesse pubblico che sorreggono l'accordo (e, in caso di accordo sostitutivo di provvedimento, le ragioni di "convenienza" dell'accordo), la cui definizione è rimessa allo stipulante. E invero, laddove si ritenesse diversamente, ovvero laddove lo stipulante fosse diverso dall'"organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento", si determinerebbe un'erronea attribuzione di potestà ad organo diverso da quello normativamente previsto, e dunque una violazione del principio di legalità. Infine, in tutte le ipotesi in cui non si addivenga, entro i termini previsti, alla stipulazione della convenzione, il privato potrà agire affinché il giudice amministrativo accerti l'inadempimento dell'amministrazione. In tal caso, lo speciale rito avverso il silenzio (ex art. 117 C.p.a.), poiché non mira a ottenere la mera stipulazione di un contratto - il che lo renderebbe di dubbia praticabilità ai sensi dell'art. 2 l. n. 241/1990 - risulta correttamente esperibile, poiché la stipulazione della convenzione, nonché la sua successiva registrazione, essendo condizioni di efficacia del piano, rientrano nella fase procedimentale di integrazione di efficacia dell'atto, e dunque, nella tutela appositamente prevista per la conclusione dei procedimenti amministrativi.

[145] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'attività amministrativa: saggi ordinati in sistema, op. cit., pp. 117-120.*

L'art. 11: analisi della fattispecie.

L'approvazione dell'art. 11 della l. 241/1990, nonché, seppur sotto differenti profili, del successivo art. 15, contribuì quindi a definire quel lungo dibattito, analizzato nel primo Capitolo, concernente l'ammissibilità e contenuto del contratto di diritto pubblico. Per l'effetto infatti del dato positivo il Legislatore fugò qualsivoglia riserva in merito alla libera negoziabilità del potere autoritativo il cui contenuto poteva quindi essere direttamente concertato dalle parti interessate, nel solco del procedimento amministrativo.

La codificazione della figura dell'accordo fra pubblica amministrazione e privato trova, come noto, le sue radici nell'esperienza della commissione Nigro, i cui lavori funsero da cinghia di trasmissione per l'impianto della legge 7 agosto 1990, n. 241[146].

La legge sul procedimento prevedeva invero, nella sua originaria formulazione, tre differenti tipologie di accordi amministrativi, individuati, rispettivamente, in quelli integrativi o sostitutivi, quelli normativi e quelli organizzativi fra amministrazioni[147].

L'enfasi verso una spiccata apertura al contrattualismo, emersa nei lavori della commessione, risultò tuttavia ben presto edulcorata da talune modifiche immediatamente apportate al testo della norma, le quali, da un lato, soppressero la categoria dell'accordo normativo, mentre, dall'altro, ancorarono il ricorso di quella dell'accordo integrativo o sostitutivo ai soli casi previsti dalla norma di legge[148].

---

[146] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* op. cit., p. 50.

[147] L'accordo organizzativo confluì poi nella formula dell'art. 15. Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* op. cit., p. 53.

[148] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* op. cit., p. 53; La successiva scelta di limitare l'uso degli accordi sostitutivi, ai soli casi indicati dalla legge, fu in particolare frutto di un suggerimento dell'Adunanza Generale, del 17 febbraio 1987, la quale, pur non sollevando dubbi in merito all'introduzione di una disciplina degli accordi amministrativi, rappresentò comunque l'opportunità che la norma da introdurre, anziché formalizzare in via generale l'abbandono del provvedimento, riconoscesse a singole leggi di settore la possibilità di decidere se attribuire o meno all'autorità la possibilità di ricorrere allo strumento negoziale. Cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* Giuffrè, 2007, p. 16.

Le limitazioni apportate in sede di approvazione della legge non temperarono tuttavia la novità introdotta dalla medesima ovvero, come visto, l'aver elevato il contratto a strumento generale e ordinario di amministrazione, scardinando dunque, conseguentemente, il risalente dogma della necessaria unilateralità del potere nonché gran parte dei limiti tradizionalmente addotti circa la libera negoziabilità del potere[149].

Tale superamento, risulterebbe invero evidente alla luce di quei corollari interpretativi, ricavati in dottrina dall'art. 11, e così riassumibili: 1) ammettere l'incontro di volontà fra amministrazione e privato senza che a ciò funga da elemento ostativo la differente posizione e potere giuridico delle parti che aderiscono all'accordo; 2) consentire l'esercizio del potere mediante un accordo che viene quindi a costituire epilogo tipico del procedimento alternativo al provvedimento; 3) subordinare la conclusione dello stesso alla cura dell'interesse pubblico costituente comunque limite esterno alla discrezionalità della amministrazione[150].

Per l'effetto della suddetta disposizione il Legislatore ha quindi introdotto una norma dalla valenza sistematica, recante la disciplina generale della surrogabilità del provvedimento amministrativo con l'accordo, quest'ultimo concepito rispetto al primo non più in termini di subordinazione bensì di piena corrispondenza[151].

L'art. 11: natura dell'accordo.

Così concisamente introdotta la categoria dell'accordo amministrativo occorre quindi soffermarsi sul problema della natura giuridica dello stesso, problema non già meramente teorico quanto pratico posto che, a seconda della soluzione seguita,

---

[149] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* p. 54.

[150] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* pp. 59-63.

[151] Tale qualifica fu invero altresì corroborata dal superamento mediante la l. 11 febbraio 2005, n. 15 dell'originario riferimento alla riserva di legge inserito come visto al momento dell'approvazione della l. 241/1990. Cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* op. cit., p. 19.

muta radicalmente il quadro positivo di riferimento entro cui sussumere e razionalizzare l'istituto in esame[152].

Come evidenziato in dottrina, sussisterebbero sul punto, tre differenti orientamenti interpretativi, individuabili rispettivamente: nella tesi privatistica, nella tesi pubblicistica e nella tesi cd. intermedia[153].

Secondo la prima delle indicate tesi, l'accordo amministrativo non sarebbe altro che un contratto di diritto comune il cui unico elemento discretivo, rispetto a contratti privatistici, sarebbe da rinvenirsi esclusivamente in quel peculiare oggetto rappresentato dal potere pubblico[154].

Tale lettura risulterebbe invero corroborata direttamente dalla lettera dell'art. 11 in esame. In primo luogo, si evidenzia infatti come la norma faccia riferimento all'espressione "accordo" il quale, come noto, alla luce del combinato disposto fra gli artt. 1321 e 1325 c.c., rappresenta un requisito essenziale del contratto[155]. In secondo luogo, deporrebbe nel verso della soluzione in esame il rinvio contenuto al co. 2 dell'art. 11, nella parte in cui, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile agli accordi, richiama *"i principi del codice civile in quanto compatibili"*[156]. In terzo luogo, ulteriore conferma alla presente lettura deriverebbe dalla previsione dell'inopponibilità dell'accordo amministrativo al terzo che conseguentemente tradurrebbe quindi sul piano dell'accordo il principio della relatività degli effetti del contratto di cui all'art. 1372 c.c.[157]. Da ultimo, corroborerebbe la presente lettura altresì la lettera del comma 4 della norma in esame che sembrerebbe delineare un potere di recesso unilaterale, riservato all'autorità per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, in termini propriamente privatistici[158].

---

[152] Tale dibattito si ripropose nello specifico proprio alla lcue della l. 15/2005 prima citata la quale inaugurò un "rinnovato rilancio" dello strumento consensuale da parte dell'autorità. Cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* op. cit., p. 33.

[153] Cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* op. cit, p. 33.

[154] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., p. 187 e ss.

[155] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., p. 188.

[156] Cfr. G.MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 106 e ss..

[157] Cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* op. cit, p. 35.

[158] Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa,* op. cit., pp. 195-196. Secondo l'Autore, il vincolo contrattuale che promana dall'accordo amministrativo è "*serio e tendenzialmente definitivo".* In altri termini, la norma, nella parte in cui delinea il potere di recesso dell'autorità, non legittimerebbe lo scioglimento

La tesi concisamente descritta non ha tuttavia trovato conforto nell'alternativa lettura cd. pubblicistica la quale, infatti, partendo da presupposti diametralmente opposti a quelli analizzati, ha quindi risolto l'istituto dell'accordo non già in un contesto propriamente contrattuale quanto, più correttamente, provvedimentale.
Secondo tale prospettiva, deporrebbe in tal senso la medesima lettera dell'art. 11 la quale, nell'impiegare la chiara formula di "accordo", lungi dal richiamare la nozione civilistica del contratto, sembrerebbe invero manifestare la chiara volontà di evitare una possibile identificazione concettuale fra accordo e contratto[159].
Tale identificazione risulterebbe peraltro preclusa da talune caratteristiche strutturali proprie dell'accordo amministrativo.
In primo luogo, si evidenzia infatti, come l'accordo, trattandosi di mezzo per il perseguimento di un interesse pubblico, non apprezzabile sotto il profilo economico, risulterebbe privo di quella possibile valutazione in termini patrimoniali delle prestazioni dedotte in obbligazione che costituisce invero requisito essenziale del contratto[160].
In secondo luogo, si afferma come il rapporto derivante dall'accordo, essendo funzionale alla cura dell'interesse pubblico, darebbe vita ad una relazione asimmetrica fra le parti, desumibile dalla differente tutela ad esse attribuita dalla disposizione[161]. Basti ad esempio pensare alla peculiare disciplina del recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico riservato alla sola amministrazione, il quale, esulando dal perimetro dell'omologa fattispecie civilistica dell'art. 1373 c.c., sembrerebbe perseguire, nel suo esercizio, non già un punto di equilibrio fra gli interessi delle parti nel contratto quanto, più correttamente, la prevalenza nel rapporto dell'interesse pubblico[162]. Da questo punto di vista, la disciplina del

---

unilaterale del rapporto in presenza di qualsivoglia sopravvenienza apprezzata dall'autorità, quanto in occasione di una sopravvenienza qualificata, oggettivamente rilevabile, riferita a quello specifico fatto assurto a presupposto della stipula dell'accordo e nel quale si traduce l'interesse pubblico.
[159] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* op. cit., p. 54.
[160] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* op. cit., p. 55.
[161] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* op. cit., p. 67.
[162] Cfr. E.STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* op. cit., p. 68.

recesso, a dispetto del relativo *nomen iuris,* sembrerebbe quindi più prossima a quella della revoca pubblicistica, di cui all'art. 21-*quinques* della l. 241/1990, e quindi ad una logica pubblicistica ed unilaterale, che di quella del recesso civilistico[163].

La lettura dell'accordo in termini puramene pubblicistici, sarebbe inoltre da ultimo corroborata proprio dalla clausola di compatibilità di cui al co. 2 dell'art. 11 la quale, lungi dal rinviare, analogamente a quanto compiuto dall'art. 1, co. 1-*bis* della l. 241/1990, alle norme del diritto civile, opererebbe un rinvio ai soli "principi" del codice "in quanto compatibili". Per l'effetto dell'indicata disposizione, occorrerebbe conseguentemente di volta in volta verificare la compatibilità dei principi di diritto civile con il peculiare carattere squisitamente pubblicistico dall'accordo, da apprezzare sia in termini generali (escludendo quindi l'applicazione di determinate norme del codice agli accordi in esame in quanto tale, come l'art. 1373 c.c. sul recesso) sia con riferimento ai singoli tipi di negozi nei quali tale categoria può di volta in volta declinarsi (ad esempio si ritiene escludere l'applicabilità della disciplina della rescissione per lesione agli accordi sostitutivi dell'espropriazione essendo, infatti, il prezzo massimo del bene ceduto predeterminato dalla norma di legge)[164].

Soluzione mediana rispetto a quelle poc'anzi descritte è stata da ultimo seguita dalla terza delle indicate tesi cd. intermedia.

Dall'impossibilità di procedere ad una rilettura manichea dell'istituto tale dottrina ha quindi ravvisato nell'art. 11, un istituto non riconducibile né al contratto né al provvedimento, che consoliderebbe a livello normativo i principi ispiratori del contratto di diritto pubblico[165]. Secondo tale prospettiva, in particolare, l'istituto dell'accordo amministrativo risponderebbe quindi ad una logica del tutto propria che in aggiunta all'archetipo del *pactum* tipica del contratto, assocerebbe le

---

[163] Tale soluzione sarebbe altresì confermata dalla previsione della corresponsione di un indennizzo in caso di esercizio del recesso il luogo del risarcimento per il danno arrecato al privato, in modo del tutto analogo a quanto prescritto in materia di revoca del provvedimento amministrativo Cfr. R.GAROFOLI-G.FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto, IX edizione, 2016, p. 1140-1142.

[164] Cfr. V.CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, op. cit. p. 402.

[165] E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati,* op. cit., p. 45 e ss. e 71 e ss.

peculiarità proprie della funzione amministrativa, realizzando quindi, mediante una sorta di relazione circolare, una disciplina dal contenuto ibrido costantemente tesa fra diritto pubblico e privato[166].

Alla luce delle tesi concisamente descritte, come autorevolmente sostenuto in dottrina, appare ad oggi di per sé difficile concepire la categoria dell'accordo amministrativo in termini meramente contrattuali[167]. E ciò, non già in virtù dell'assenza di patrimonialità o dell'asimmetria del rapporto, critiche invero agevolmente superabili, quanto più correttamente per quelli elementi strutturali tipici dell'accordo amministrativo individuabili rispettivamente nell'oggetto pubblico e della clausola di compatibilità[168].

Tali elementi, e nello specifico la clausola di compatibilità, segnerebbero infatti una netta cesura fra il presente istituto e quello del contratto, offrendo quindi un'adeguata copertura ad un regime giuridico peculiare e complesso dell'accordo nel quale l'esercizio di poteri pubblicistici si salda e sovrappone costantemente con elementi tipici della contrattualità ai quali l'accordo comunque si informa[169]. In altri termini, a dispetto della forma contrattuale la fattispecie dell'accordo amministrativo appare comunque pervicacemente ancorata in un contesto propriamente pubblicistico che funge quindi altresì da quadro entro il quale sussumere e razionalizzare l'istituto.

---

[166] E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati,* op. cit., pp. 71-72.

[167] Cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* op. cit, p. 54.

[168] In relazione al requisito della patrimonialità è stato infatti sostenuto come esso non debba essere inteso rispetto al fine perseguito quanto alla patrimonialità della prestazione. Cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* op. cit, p. 54. In questi termini cfr. M.RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, 2010, pp. 270 e ss., il quale afferma come il concetto di patrimonialità della prestazione, di cui all'art. 1174 c.c. appare talmente ampio da permettere di qualificare come obbligazioni, non solo le prestazioni assunte dal privato nell'interesse dell'amministrazione ma altresì quelle che l'amministrazione medesima può assumere nell'interesse del privato. Ciò, in quanto, il baricentro della patrimonialità scandito dall'art. 1174 c.c. guarda infatti all'idoneità della prestazione ad essere suscettibile di valutazione economica ancorché in concreto la medesima realizzi un interesse, anche non patrimoniale del creditore. In relazione al requisito dell'asimmetria è agevole evidenziare come la parità delle parti non costituisca un requisito del rapporto contrattuale essendo invero frequente nelle relazioni negoziali la presenza di rapporti "impari" sovente corretti dalla norma di legge. Cfr. M.FRATINI, *Il sistema di diritto civile, Il contratto*, op. cit., pp. 275 e ss.

[169] Cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* op. cit, p. 55.

Il regime giuridico.

Alla luce delle considerazioni svolte nel precedente paragrafo, è quindi possibile affrontare e risolvere l'annoso problema dell'individuazione della disciplina applicabile all'accordo amministrativo, ricavata, da dottrina e giurisprudenza, a partire dalle pieghe della clausola di compatibilità.

I profili in relazione ai quali appare evidente la natura complessa del presente istituto sono rappresentati, in particolare, da un lato, dalla disciplina della invalidità e dall'altro, da quella di esecuzione del rapporto.

Con riferimento alla prima, valorizzando la componente pubblicistica dell'accordo, la giurisprudenza suole applicare le categorie dell'invalidità del provvedimento amministrativo, di cui agli artt. 21-*septies* e *octies* della l. 241/1990*,* in luogo di quella contrattuale[170].

Per l'effetto di tale impostazione anche in tema di accordi si dà dunque sfogo a quelle esigenze pubblicistiche sottese alla categoria dell'invalidità del provvedimento amministrativo, tese a garantire la certezza e stabilità dei rapporti giuridici amministrativi che risulterebbero diversamente compromesse laddove ad ogni violazione di norme imperative seguisse la radicale conseguenza della nullità del contratto[171].

Considerazioni analoghe a quelle svolte, tese quindi a valorizzare la componente pubblicistica dell'accordo, sono altresì desumibili, dall'analisi del formante giurisprudenziale, con riferimento all'individuazione dei rimedi esperibili a fronte dell'inadempimento della parte pubblica nonché in relazione alle forme di scioglimento unilaterale del rapporto.

Valorizzando infatti ancora una volta la componente pubblicistica, la giurisprudenza, ritiene che a fronte del patologico inadempimento dell'autorità, la quale, ad esempio, non abbia adottato il provvedimento convenuto in sede di accordo, non possa che essere esperibile il rimedio pubblicistico dell'azione avverso

[170] Cfr. Cons. St, Sez. IV, sentenza 30 marzo 2018, n. 2028.
[171] Cfr. M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit. p. 203.

il silenzio, di cui agli artt. 31 e 117 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, in luogo dell'azione di adempimento, di cui all'art. 1453 c.c.[172].

Ciò che rileva nell'ipotesi descritta, non è infatti l'inadempimento di un'obbligazione legale quanto invece, il mancato svolgimento di un potere il cui esercizio non può che essere sollecitato per l'effetto di rimedi propriamente pubblicistici quali quello indicato dell'azione avverso al silenzio[173].

Le medesime coordinate esegetiche sono altresì quelle che orientano gli interpreti nell'analisi e lettura del potere di recesso di cui al co. 4 dell'art. 11, il quale, come già anticipato, a dispetto del relativo *nomen,* è inquadrato, in dottrina e giurisprudenza, come potere unilaterale di revoca di cui all'art. 21-*quinques* della l. 241/1990 e non come recesso, di cui all'art. 1373 c.c.

Tale lettura sarebbe, in particolare, corroborata dalle sensibili analogie intercorrenti fra la previsione in esame e quella del recesso. Da un lato, infatti, lo scioglimento unilaterale del rapporto è ancorato, analogamente a quanto avviene in tema di

---

[172] Apparentemente legata alla presente questione, ancorché differente, risulta quella concernente l'ammissibilità dell'esercizio, nei confronti della amministrazione, parte contraente di un accordo amministrativo, della speciale azione costitutiva, di cui all'art. 2932 c.c. Sul punto, la giurisprudenza appare concorde nell'ammettere l'esercizio di siffatto strumento non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma altresì in qualsiasi altro caso, in cui sorga l'obbligazione a prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, a prescindere dalla natura della relativa fonte (compreso quindi l'accordo ex art. 11). Ciò in quanto, ad essere inadempiuto, nell'ipotesi descritta, non risulta il mancato esercizio di un potere quanto, più correttamente, l'inadempimento di un'obbligazione privata. Le ragioni di tali conclusioni, sono peraltro avvalorate dalla compatibilità dell'azione di esecuzione in forma specifica, ovvero di un'azione costitutiva di natura mista, cognitiva ed esecutiva, con l'attuale fisionomia del giudizio di ottemperanza, connotato infatti dalla coesistenza in capo al giudice di poteri di ampi poteri di cognizione ed esecuzione, non enucleabili a priori. La conclusione dell'esperibilità, nei confronti della amministrazione, dell'azione di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre davanti al giudice amministrativo risulta peraltro un'acquisizione consolidata tanto nella giurisprudenza successiva all'Adunanza Plenaria, 20 luglio 2012, n. 28 (in questo senso cfr., *ex multis*, C.d.S, IV, 24 aprile 2013, n. 2316; C.d.S, V, 13 febbraio 2013, n. 874, in tema di accordi qualificati come integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo concessorio, ai sensi dell'art. 133, lett. a, n. 2, c.p.a.), quanto in quella giurisprudenza ordinaria, in relazione a casi di inadempimento di contratti preliminari di vendita, in tutti i casi in cui la p.a. agisca *iure privatorum* (cfr. Cass. civ, SS.UU. 23.12.2004 n. 23827; Id, 20.10.2006 n. 22521; Id, 7.1.2014 n. 67). Cfr. R.GAROFOLI-G.FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo,* op. cit., pp. 1138-1139.

[173] Cfr. Cons. St., Sez. IV, sentenza 5 febbraio, 2002: "*In presenza di inerzia amministrativa successiva all'accordo il privato potrà agire con lo strumento del silenzio dall'accordo derivando un obbligo di provvedere all'adozione di un provvedimento di un certo contenuto (e quindi in questo caso il procedimento diretto all'annullamento del silenzio si porrà come preliminare ad un'azione di ottemperanza "contra silentium", in rito speciale ex art. 21 bis l. n. 205/2000 idonea ad emanare il provvedimento voluto*; *sul tema del silenzio di recente CdS Ad. plen. 9/1/2002 n. 1 che ha escluso in via generale la sostituzione della PA)".*

recesso, a un interesse pubblico sopravvenuto idoneo a riflettere l'intervenuta inopportunità dell'accordo; dall'altro, a guisa dell'interesse privato comunque leso dall'intervento unilaterale dell'autorità, è richiesta la corresponsione di un indennizzo ristorativo del pregiudizio arrecato, del tutto sovrapponibile a quello indicato all'art. 21-*quinques*[174].

L'istituto del recesso e quindi l'insieme di poteri che legittimano una delle parti contraenti ad incidere unilateralmente sul rapporto si salda inoltre pervicacemente al quesito concernente l'ammissibilità di poteri di *ius variandi,* nel quadro degli accordi amministrativi. In altri termini, ci si chiede, tradizionalmente, se una delle parti del rapporto, e nello specifico l'amministrazione tutrice del pubblico interesse, possa unilateralmente modificare il contenuto dell'accordo.

Coerentemente con quanto sostenuto in dottrina, il quesito non può che essere risolto negativamente. Valorizzando infatti la componente pubblicistica è agevole affermare come lo *ius variandi,* in quanto potere autoritativo di intervento sull'accordo, non può che essere, in ossequio al principio di legalità, direttamente previsto da una norma di legge, sicché in assenza di una previsione *ad hoc*, non può che ritenersi escluso il relativo esercizio[175].

Sulla scorta di quanto detto è quindi agevole affermare come solo in presenza di un mutuo consenso, ovvero di un accordo espresso fra le parti dell'accordo, può

---

[174] Cfr. V.MENGOLI, *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, op. cit., pp. 136 e ss.; Cons. St. Sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 390; Peraltro a dispetto della presente qualifica la giurisprudenza non esclude che in aggiunta al suddetto recesso le parti possano convenzionalmente pattuire un recesso convenzionale di cui all'art. 1373 c.c.. Ciò in quanto l'art. 11 è *" interpretabile in modo da non escludere che, a fianco del recesso dall'accordo sostitutivo da essa consentito all'amministrazione, coesistano con esso i normali rimedi accordati dal diritto civile in relazione alla natura dell'accordo, e in particolare il recesso di cui all'art. 1373 c.c." (T.a.r. Brescia, -Lombardia-, sez. I, 17/07/2013, n. 686; si è detto, peraltro, che (T.a.r. Bari, Puglia, Sez. I, 04/06/2013, n. 899) "il potere di recesso unilaterale riconosciuto dall'art. 11 comma 4, l. n. 241 del 1990 all'Amministrazione testimonia l'esistenza di chiari margini di compatibilità - in precedenza analizzati - tra l'esecuzione del rapporto intercorrente tra privato e p.a. e la perdurante rilevanza del profilo finalistico, collegato al pubblico interesse, sì da giustificare speciali poteri unilaterali di risoluzione, in un quadro in cui non può certo sostenersi che l'interesse pubblico rivesta una posizione recessiva in fase esecutiva di detto rapporto."* Cfr. Cons. St, Sez. IV, sentenza 30 marzo 2018, n. 2028.

[175] Ad analoga conclusione peraltro si perverrebbe anche valorizzando la natura privatistica dell'accordo posto infatti che anche nel diritto civile, poteri di *ius variandi,* derogando al principio di cui all'art. 1372 c.c. a mente del quale "il contratto ha forza di legge *fra le parti*", non può che esigere un'espressa indicazione positiva. Cfr. M.RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in Diritto Amministrativo, n. 1/2010 p. 67.

addivenirsi ad una modifica del contenuto dello stesso, in linea con le sopravvenute esigenze intervenute in corso di esecuzione del medesimo.

Se dalle ipotesi descritte si evince una tendenza tesa a spingere nel verso dell'incompatibilità fra istituti privatistici e l'accordo amministrativo, non mancano peraltro soluzioni di verso contrario che aprono, conseguentemente il presente istituto a logiche e forme proprie della contrattualità.

Il caso, è ad esempio, quello della poliedrica clausola di buona fede oggettiva ritenuta infatti applicabile sia in relazione alla fase genetica della trattativa sia con riferimento a quella, ad essa susseguente, dell'esecuzione dell'accordo[176].

Proprio con riferimento alla fase di svolgimento del rapporto si desumono peraltro alcune fra le più interessanti aperture pretorie in ordine alla compatibilità fra la clausola di buona fede e l'istituto dell'accordo amministrativo.

Secondo infatti parte della giurisprudenza la clausola di buona fede, di cui all'art. 1375 c.c., rappresenterebbe un vero e proprio strumento di controllo delle sopravvenienze, dal quale deriverebbero, conseguentemente, obblighi di rinegoziazione dell'accordo, in capo a ciascuna delle parti contraenti, tesi a correggere l'eventuale squilibrio del sinallagma sopravvenuto in corso di esecuzione del medesimo[177]. In altri termini, per l'effetto della suddetta prospettiva, la buona fede oggettiva, di cui all'art. 1375 c.c., sarebbe dunque strumento idoneo a conferire elasticità nel tempo al rapporto negoziale, garantendo quindi un adeguamento costante del relativo contenuto alle eventuali esigenze intervenute in corso di esecuzione del medesimo.

Se nell'ipotesi indicata la giurisprudenza segna quindi pregevoli aperture nel verso dell'applicabilità di istituti privatistici, non mancano tuttavia casi di chiusure allo strumento privato, motivate invero quasi da una pretesa inadeguatezza del medesimo

---

[176] Sull'applicabilità della clausola di buona fede ex art. 1337 c.c. altresì alla trattativa propedeutica alla formazione dell'accordo cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* op. cit, pp. 137-140; Si ritengono altresì pienamente compatibili con l'istituto dell'accordo amministrativo le disposizioni concernenti la formazione, l'interpretazione e l'integrazione legale della volontà consensuale delle parti, l'invalidità parziale e convalida, la correttezza in fase esecutiva degli obblighi e le relative conseguenze sul piano risarcitorio, la risoluzione per inadempimento nonché le norme in tema di autotutela privata. Cfr. F.CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike, Roma, 2017, p. 1556-1557.

[177] Cfr. Per una più diffusa analisi degli obblighi di rinegoziazione cfr. Cap. 4.

rispetto alla cura dell'interesse pubblico che da una reale incompatibilità del mezzo in rapporto alla struttura dell'accordo.

L'ipotesi indicata è ad esempio quella delle penali imposte negli accordi amministrativi, sovente inquadrate dalla giurisprudenza in termini di sanzioni amministrative in senso stretto e non di clausola penale, di cui all'art. 1382 c.c..

Tale soluzione deriverebbe, in particolare, da alcuni pretesi limiti della penale civilistica la quale, infatti, assolvendo una funzione propriamente risarcitoria, di reintegrazione del patrimonio della parte contraente leso dall'altrui inadempimento, non consentirebbe di reagire adeguatamente alla condotta illecita del privato (inadempimento), e a riparare, per l'effetto, l'interesse pubblico vulnerato[178].

La presente soluzione non appare tuttavia condivisibile alla luce della lettura data dalla dottrina civilistica della clausola penale.

Com'è noto, infatti, la clausola penale è strumento teso a garantire un *rafforzamento del vincolo contrattuale* attraverso la preventiva definizione della prestazione che il contraente sarebbe chiamato a eseguire in caso di inadempimento. L'imposizione di tale prestazione, risultandone il contenuto del tutto indipendente dalla misura del pregiudizio inferto, non avrebbe tuttavia solo la funzione di attuare una liquidazione

[178] Cfr. Cons. St., Sez. IV, sentenza del 2017, n. 2256. Naturalmente, il pregiudizio prodotto dall'inadempimento potrebbe consistere anche in un danno di natura patrimoniale inferto alla pubblica amministrazione, altresì reintegrabile per mezzo della corresponsione della sanzione da parte del privato. Tuttavia, in tali ipotesi, la penale svolgerebbe comunque una duplice funzione: quella (in via primaria e indefettibile) di sanzione, per l'interesse pubblico violato; quella più propriamente civilistica, di determinazione preventiva e consensuale della misura del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento di una determinata prestazione. Tale inuqdramento non esclude, peraltro, che, ai fini della verifica dei presupposti per l'irrogazione della penale, possano comunque trovare applicazione anche talune disposizioni civilistiche previste in tema, quali ad esempio, la possibilità che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore" (art. 1382, I co.) ovvero il fatto che essa "è dovuta indipendentemente dalla prova del danno" (II co.). Con la sentenza da ultimo indicata, nel riconoscere che nel caso degli accordi "il giudice possa e debba fare applicazione diretta anche della disciplina dell'inadempimento del contratto", il giudice amministrativo ha infatti avuto modo di affermare, da un lato, che la previsione delle penali è legata ad una finalità di pubblico interesse, mentre, dall'altro, che la penale ha natura pienamente sanzionatoria, posto che nel caso esaminato la Convenzione prevedeva l'applicazione delle penali "secondo principi di ragionevolezza e di proporzionalità rispetto all'inadempimento accertato ed al danno effettivamente arrecato", di modo che "non può dubitarsi che tale disposizione non si esaurisca nell'imporre all'amministrazione di commisurare il quantum della sanzione all'entità e alla gravità dell'inadempimento, ma, prima ancora, subordini lo stesso esercizio del potere sanzionatorio al presupposto di un concreto e oggettivo pregiudizio per l'amministrazione medesima".

preventiva e forfettaria del danno inferto, quanto anche quella di sancire, una vera e propria "pena convenzionale" a carico della parte inadempiente[179].

Se la clausola penale, in virtù delle ragioni descritte, è strumento idoneo a perseguire, in aggiunta ad una funzione risarcitoria, altresì una propriamente "sanzionatoria", è dunque evidente come la posizione pretoria prima descritta non possa essere condivisibile, potendo infatti anche le penali imposte negli accordi amministrativi essere ragionevolmente inquadrate in termini propriamente civilistici, senza che ciò osti al corretto perseguimento dell'interesse pubblico ad essi sotteso[180].

A valle delle pregresse considerazioni è interessante notare come di là dei singoli profili analizzati, la concisa analisi condotta conferma la considerazione svolta in apertura al paragrafo rappresentata dall'asserita natura complessa dell'istituto dell'accordo amministrativo. Essendo infatti il medesimo istituto costantemente radicato in un contesto tanto pubblicistico quanto privatistico è quindi ad ambo i quadri positivi che occorre attingere nell'individuare la disciplina ad esso applicabile.

Tale ricerca, deve tuttavia essere svolta assumendo quali postulati di partenza, da un lato, la peculiare natura dell'accordo, il cui oggetto è dato dall'esercizio del potere in funzione della cura del pubblico interesse, mentre, dall'altro, l'asserita equivalenza e dignità fra diritto pubblico e privato, in ordine al perseguimento dell'interesse detto.

Solo dunque in presenza di siffatti presupposti sarebbe infatti possibile correttamente delineare la disciplina applicabile all'accordo amministrativo ad oggi ricostruita, come visto, per l'effetto di apporti resi tanto dal formante dottrinale quanto da quello giurisprudenziale, a partire dalle complesse pieghe della clausola di compatibilità.

---

[179] Cfr. P.CENDON, *Commentario al codice civile, artt. 1343-1469-bis*, Milano, Giuffrè, 2010, p, 539.

[180] Tale soluzione troverebbe invero conforto in altra parte della giurisprudenza la quale, seppur con riferimento alla fattispecie dell'accordo di cui all'art. 15 della l. 241/1990, ha propeso nel verso della compatibilità fra clausola penale e accordo Cfr. Cons. St., sentenza del 4 giugno 2004, n. 3490.

3. Gli accordi di diritto pubblico nel diritto europeo.

Conclusa la disamina di alcuni dei principali tratti dell'accordo amministrativo, occorre conclusivamente verificare se istituti sovrapponili al contratto di diritto pubblico in esame, e quindi a strumenti di negoziazione del potere pubblico, siano ravvisabili altresì nel panorama del diritto sovranazionale europeo.

L'esigenza della presente ricerca costituisce peraltro non già un mero esercizio teorico quanto pratico, posto che, come noto, il diritto europeo rappresenta ad oggi, a valle di un lungo processo interpretativo, ordinamento sovraordinato rispetto a quello interno, al quale occorre conseguentemente far costante riferimento nell'analisi e razionalizzazione degli istituti nazionali[181].

Come correttamente evidenziato in dottrina, pur mancando un'espressa norma che codifichi un istituto assimilabile al contratto di diritto pubblico, sussistono comunque diverse disposizioni, che legittimano le istituzioni europee alla conclusione di accordi concernenti l'esercizio di funzioni pubbliche[182].

---

[181] L'attuale peso della fonte europea nel diritto interno è frutto del vivace rapporto dialogico intessuto, nel tempo, dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Giustizia Europea. In particolare, la prima si dimostrò inizialmente restia ad ammettere il principio del primato del diritto sovranazionale essendo, infatti, tale fonte, recepita nell'ordinamento interno mediante norme ordinarie, ovvero mediante norme assoggettate ai normali criteri di soluzione dei conflitti fra disposizioni. L'originaria posizione descritta fu tuttavia progressivamente abbandonata a fronte di sopravvenute pronunce della Corte di Giustizia europea Costa c. Enel (15 luglio 1964, C-6/64) e Simmental (9 marzo 1978, C-106/77) con le quali, il giudice europeo, affermò, non solo il primato del diritto comunitario rispetto a quello nazionale, essendo l'ordinamento comunitario integrato in quello dei Paesi membri, ma altresì il correlato obbligo del giudice nazionale a procedere direttamente alla disapplicazione della norma interna laddove ritenuta in contrasto con il diritto sovranazionale. Per l'effetto delle suddette pronunce il Giudice delle leggi inaugurò, quindi, un orientamento "aperturista" teso a riconoscere il reale peso che nell'ordinamento interno della fonte europea quale fonte sovraordinata rispetto a quella interna. L'efficacia di tale allineamento fu tuttavia parzialmente elaborata dall'elaborazione da parte della Corte Costituzionale della cd. teoria dei "contro limiti" ovvero della teoria in base al quale il diritto europeo, pur costituendo nell'ordinamento interno fonte primaria, non può mai porsi in conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona umana. Il confronto dialogico qui concisamente descritto ha peraltro trovato seguito a livello costituzionale ove infatti il ruolo del diritto europeo nell'ordinamento interno appare formalizzato all'art. 117 co. 1 in base al quale *"la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".* Per una più ampia disamina dell'argomento cfr. L.DANIELE, Giuffrè, 2018, pp. 313 e ss.

[182] Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario, in Trattato di diritto amministrativo europeo*, (a cura di M.P. CHITI e G.GRECO), Giuffrè, 2007, Tomo I, p. 1 e ss.

In particolare, in primo luogo, rileverebbe il combinato disposto degli ex artt. 282, 288 e 238 del Trattato CE, i quali, da un lato, attribuendo alle istituzioni europee piena capacità giuridica, legittimerebbero il ricorso a strumenti negoziali quali il contratto, mentre, dall'altro, deferendo al giudice europeo la cognizione su ogni vertenza attribuita in base ad una clausola compromissoria contenuta in un *contratto di diritto pubblico o privato* stipulato dalla comunità, riconoscerebbero implicitamente l'ammissibilità di siffatti moduli convenzionali[183].

Ulteriore conferma alla tesi in esame deriverebbe altresì da puntuali disposizioni, le quali infatti, a più riprese, delineerebbero tanto fattispecie aventi ad oggetto accordi intercorrenti fra soggetti pubblici e privati, del tutto sovrapponibili all'ipotesi interna degli accordi amministrativi, di cui all'art. 11 della l. 241/1990[184] quanto accordi dalla struttura "orizzontale" intercorrenti fra autorità pubbliche e quindi riconducibili all'istituto dell'accordo fra pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 15 della l. 241/1990[185].

A dispetto della differente struttura, tali convenzioni, secondo la prospettiva in esame, si caratterizzerebbero comunque per una collocazione sistematica squisitamente pubblicistica agevolmente desumibile dall'oggetto in essi dedotto direttamente regolato da norme di diritto pubblico[186]. Conseguentemente, a fronte del suddetto inquadramento, è quindi dal perimetro del diritto pubblico che la

---

[183] Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. p. 12.

[184] Si pensi ad esempio all'accordo intercorrente fra l'impresa erogatrice di servizi pubblici e l'autorità, aventi ad oggetto l'erogazione di prestazioni ulteriori, nell'interesse della collettività, rispetto a quelle che assicurerebbe spontaneamente Cfr. art. 14 regolamento CEE n. 1191/1969. Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. p. 1.

[185] Si pensi ad esempio all'accordo che Parlamento, Commissione e Consiglio possono concludere al fine di agevolare l'applicazione del diritto europeo di rango primario così come previsto dalla dichiarazione n. 3 allegata al Trattato di Nizza. Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. p. 1.

[186] Invero, l'Autore evidenzia come le fattispecie di accordi concernenti l'esercizio del pubblico potere costituiscano una categoria dal contenuto eterogeneo. In aggiunta infatti alla ripartizione descritta, lo studio, richiamando invero categorie interne, individua ulteriormente casi in cui, l'accordo si insinua in una sequenza procedurale atteggiandosi quindi a presupposto per l'adozione di un provvedimento e casi in cui, l'accordo direttamente si sostituisce al provvedimento che definisce la sequenza indicata. Nel primo caso, quindi, pur promuovendo il ricorso al modulo consensuale il diritto europeo rimette comunque la cura della fattispecie concreta al provvedimento finale la cui disciplina, ancorché in via mediata, finisce per fungere da quadro positivo entro cui sussumere l'accordo procedimentale descritto. Il problema dell'individuazione del regime giuridico si imporrebbe quindi nello specifico con riferimento alla seconda categoria di accordo ovvero quelli sostituivi di provvedimento. Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. p. 3.

giurisprudenza ha potuto ricavare la disciplina ad essi applicabile, la quale, pur formalmente desumibile dall'archetipo del contratto si caratterizzerebbe per una necessaria applicazione di regole pubblicistiche tese a preservare l'interesse pubblico perseguito dall'istituzione comunitaria parte contraente[187].

In estrema sintesi, dall'analisi del formante giurisprudenziale, emerso per lo più in relazione alla seconda delle categorie indicate di accordo, sarebbero desumibili le seguenti linee interpretative: in primo luogo, sussisterebbe a livello europeo una sorta di *favor* e apertura verso lo strumento negoziale, non esistendo, infatti, settori di intervento delle istituzioni sovranazionali impermeabili al contratto[188]; in secondo luogo, tali accordi, a prescindere dal relativo contenuto devono necessariamente conformarsi al diritto europeo, sia esso primario e secondario, il quale ne fungerebbe quindi da metro di legittimità[189]; in terzo luogo, tali accordi pur pienamente vincolanti per la parti che vi aderiscono si caratterizzerebbero sovente per l'attribuzione di poteri di intervento unilaterali sul rapporto in capo all'autorità titolare dell'interesse pubblico prevalente, inciso dalla convenzione[190].

Più in generale, l'applicazione delle categorie del diritto civile ai presenti accordi incontrerebbe un ineludibile limite nella natura e funzione proprie dell'accordo il quale, strettamente embricato al pubblico interesse, si caratterizzerebbe comunque per adeguati "spazi di manovra" sul rapporto riservati all'istituzione europea parte contraente la quale, a dispetto del formale ruolo negoziale, agirebbe comunque in qualità di autorità pubblica[191].

Dall'esame della giurisprudenza descritta è quindi possibile affermare come anche nella prospettiva sovranazionale europea esistano istituti del tutto sovrapponibili alla fattispecie interna dell'accordo amministrativo o più in generale del contratto di

---

[187] Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. pp. 13-14.

[188] L'assenza di una disposizione *ad hoc* non è stata infatti ritenuta di sé ostativa all'ammissibilità di moduli convenzionali dei quali dunque il giudice europeo ha riconosciuto la piena ammissibilità. Cfr. Corte di giust., sentenza del 19 marzo 1996, in causa 25/94, Commissione c. Consiglio dell'Unione europea. Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. p. 8.

[189] Tale principio è stato invero affermato per gli accordi intercorrenti fra amministrazioni dei paesi membri ma si ritiene possa altresì operare nel caso dei moduli convenzionali in oggetto Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. p. 10.

[190] Cfr. Corte di giust., sentenza del 19 febbraio 2002, in causa 336/00 Martin Huber. Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. p. 11.

[191] Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. p. 13.

diritto pubblico, ovvero di accordi aventi ad oggetto l'esercizio di funzioni pubblicistiche nonché caratterizzati da una natura e disciplina complessa, costantemente tesa fra diritto privato e diritto pubblico[192].
Anche in tal caso, come visto, emergerebbe un modulo convenzionale impiegato in funzione di cura del pubblico interesse che in quanto tale, legittimerebbe, di volta in volta, puntuali deroghe al diritto comune, al fine di meglio conformare il suddetto strumento allo scopo generale ad esso sotteso.

4. Conclusioni.

A valle delle pregresse considerazioni è dunque possibile trarre alcune prime valutazioni conclusive.
Nei Capitoli Primo e Secondo, si è cercato di ripercorrere, in modo diacronico, l'annoso dibattito in ordine all'ammissibilità astratta di un contratto avente ad oggetto l'esercizio o il non esercizio di un pubblico potere.
Da posizioni più risalenti, tese nel verso dell'inammissibilità astratta del presente istituto, si è quindi progressivamente passati ad altre maggiormente inclini a riconoscerlo, ricorrendo ora, alla costruzione anfibia del contratto di diritto pubblico, ora a quella composita dualistica, ora, con soluzione diametralmente opposta rispetto alla prima, attraverso una razionalizzazione, in un perimetro squisitamente privatistico, degli strumenti di intervento dell'amministrazione.
Il vivace dibattito così delineato ha peraltro nel tempo costituito motivo di una più ampia riflessione concernente invero il contenuto concreto della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione nonché l'adeguatezza medesima dello strumento privatistico rispetto alla cura del pubblico interesse.
Le autorevoli posizioni ricostruite hanno quindi rappresentato la base dogmatica sottesa alla successiva legge sul procedimento amministrativo del 7 agosto 1990, n. 241, la quale, come visto, oltre ad elevare a principi, l'efficienza, l'economicità, la pubblicità e partecipazione, ha formalmente individuato nel paradigma

[192] Cfr. N.BASSI, *Accordi nel diritto comunitario,* op. cit. p. 15.

dell'amministrazione per accordi un modulo ordinario di esercizio delle funzioni pubbliche.

Per l'effetto della presente legge, seppur nei limiti in precedenza descritti, provvedimento e contratto si atteggiano quindi a strumenti di intervento fra di essi speculari e sovrapponibili cui l'amministrazione può alternativamente ricorrere nella cura concreta del pubblico interesse.

Da questo punto vista, appaiono quindi del tutto confermati gli auspici di chi aveva creduto nella valorizzazione degli strumenti negoziali quali imprescindibili mezzi per lo sviluppo e conduzione del procedimento, del quale vengono dunque a costituire epilogo di dignità pari a quello del provvedimento[193].

La valorizzazione dell'accordo, come mezzo di cura concreta dell'interesse pubblico, si atteggia peraltro a strumento che catalizza alcune delle novità introdotte dalla legge sul procedimento amministrativo la quale, come noto, ha mutato il modo di intendere dell'azione amministrativa, imponendo in capo al soggetto pubblico specifici obblighi comportamentali posti nel precipuo interesse del cittadino[194].

In particolare, fra i principali meriti della presente legge vi è quello di aver contribuito ad erodere la originaria unilateralità dell'esercizio del potere pubblico, aprendo, conseguentemente, il procedimento amministrativo al dialogo con il cittadino che da mero destinatario degli effetti del provvedimento si presenta quindi quale reale "co-autore" del medesimo[195].

---

[193] Per l'effetto della legge 7 agosto 1990, n. 241, veniva quindi a formalizzarsi la tesi, elaborata da Nigro negli anni 80, dell'accordo come fisiologico epilogo del procedimento. Con tale affermazione l'Autore percepiva quindi la trasformazione al tempo in atto dell'azione amministrativa la quale, infatti, da entità esecutiva passava ad entità costitutiva e regolatrice, nella quale quindi il modulo negoziale appariva quale mezzo idoneo a consentire con la partecipazione degli interessati, quella ponderazione e comparazione di interessi che rendono la decisione amministrativa giustificata e ragionevole. Cfr. G.DE MAIO, *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2016, p. 756; In particolare, secondo parte della dottrina, una volta riconosciuta all'autorità una facoltà di scelta in ordine ai mezzi per la realizzazione dell'interesse generale, il ricorso allo strumento negoziale dovrebbe essere privilegiato ogniqualvolta le caratteristiche del caso concreto rendano preferibile l'impiego del mezzo contrattuale in quanto più adeguato rispetto alla cura concreta del pubblico interesse Cfr. A.PERINI, *Verso l'urbanistica consensuale: un'occasione mancata?,* in Rivista Giuridica dell'Urbanistica, 1998, p. 247.

[194] Cfr. P.GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato,* op. cit, p. 6.

[195] La partecipazione del privato e quindi la concretizzazione dell'idea del Benvenuti di un'amministrazione "paritaria" appare frutto di un insieme di garanzie partecipative condensate in seno alla l. 241/1990, caratterizzate da ruolo e funzioni polivalenti. In primo luogo, infatti, la rinnovata idea di un procedimento partecipato consente di far emergere e dar sfogo agli interessi

In altri termini, nella conduzione del procedimento, viene quindi ad imporsi una vera e propria "sussidiarietà", di per sé idonea ad impingere e riscrivere il contenuto medesimo quel rapporto "libertà-autorità", che tradizionalmente caratterizza il rapporto giuridico amministrativo[196].

La valorizzazione del ruolo del privato, nell'esercizio delle funzioni amministrative, trova peraltro fecondo seguito proprio per mezzo della logica in esame dell'amministrazione per accordi, ad oggi, elevata, come visto, a principio dell'azione amministrativa.

Mediante il contratto, infatti, il cittadino dismette il risalente ruolo di suddito, partecipando attivamente alla cura concreta dell'interesse pubblico, che transita quindi attraverso inedite logiche partenariali, dal respiro e contenuto orizzontali.

Ciò che dunque viene in rilievo, mediante l'accordo, non è quindi la mera attribuzione al privato della legittimazione a prender parte al procedimento, quanto, più correttamente, il riconoscimento di un ruolo dinamico nella proposizione e perfezionamento di accordi aventi direttamente ad oggetto la cura dell'interesse generale[197].

---

direttamente incisi dal provvedimento, al fine, di colmare l'asimmetria informativa nella quale sovente versa l'autorità procedente. In secondo luogo, la partecipazione del privato, può assolvere funzioni di contraddittorio garantendo infatti al soggetto negativamente inciso dal provvedimento finale, una più pregnante e propedeutica difesa già in seno al procedimento finalizzata a spingere, mediante la produzione di osservazioni e memorie, nel verso del mancato esercizio del potere. Da ultimo, funzione del procedimento e della partecipazione degli interessati è quella di fungere da fattore di legittimazione dell'azione del soggetto pubblico, promuovendo, conseguentemente, la democraticità dell'amministrazione. A fronte infatti del tramonto della legalità sostanziale, il procedimento aperto alla partecipazione di tutti i soggetti interessati, si muta nella sede in cui si forgia la regola da applicare al caso concreto da tradurre dunque nel contenuto del provvedimento definitivo. Cfr. M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op. cit., p. 236-238.

[196] Il coinvolgimento del privato nell'esercizio delle funzioni pubbliche appare invero evidente, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo, nella materia urbanistica. In tale ambito, infatti, la dottrina ha da tempo avvertito la profonda rivisitazione della risalente idea della forte cesura fra il paradigma della discrezionalità amministrativa e quello proprio dell'autonomia privata, a favore di una rinnovata logica di sussidiarietà idonea a "spingere" verso il basso funzioni originariamente proprie dell'autorità. Complice dunque un dato normativo "aperturista", l'attività di pianificazione del suolo si "privatizza" presentandosi sempre più come frutto dell'azione combinata ed integrata dei diversi attori, pubblici e privati, protagonisti della trasformazione del territorio. Cfr. A.M.BALESTRIERI, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati fra discrezionalità amministrativa e autonomia privata*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica* (a cura di F.PUGLIESE-E.FERRARI), Giuffrè, 1999, pp. 160-162; Cfr. G.MARONGIU, *La pubblica amministrazione di fronte all'accordo. Considerazioni preliminari*, in L'accordo nell'azione amministrativa, op. cit., p. 16.

[197] Cfr. M.QUAGLIA, *Urbanistica consensuale*, op. cit., p. 639.

Per l'effetto dunque dello strumento negoziale, seguendo una logica puramente circolare, mentre l'amministrazione "discende" al livello dei privati, i privati "ascendono" al livello dell'autorità concorrendo allo svolgimento dell'azione amministrativa, nel quadro di un rinnovato e complesso equilibrio del rapporto fra pubblico e privato, ad oggi convergenti nel verso di un unico sistema[198]. In altri termini, come correttamente evidenziato in dottrina, alla contrazione del potere unilaterale dell'amministrazione segue il superamento di "*quella specie di barriera, almeno dottrinale per non dire ideologica, che la dogmatica giuridica aveva eretto al momento del primo formarsi dello Stato di diritto, contro ogni intervento nell'assetto di interessi in cui fosse coinvolto l'interesse pubblico che non passasse per un vero e proprio atto (unilaterale) di autorità"*[199].

A fronte dunque di quanto detto, è possibile quindi conclusivamente affermare come ad oggi, non sussisterebbe alcuna riserva in merito all'esercizio di funzioni pubbliche in forma negoziale trovando invero tale assunto direttamente conferma, come visto, sul quadro positivo, sia esso nazionale che sovranazionale europeo[200].

Riconosciuta quindi l'asserita equivalenza funzionale, seppur con le dovute differenze strutturali, fra mezzo pubblico e privato, occorre da ultimo verificare quale degli indicati strumenti sia quello più congruo rispetto alla cura concreta dell'interesse pubblico.

In altri termini, a fronte dell'esigenza di assicurare l'efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa quali principi generali della medesima di cui all'art. 1 della l. 241/1990 occorre conclusivamente chiedersi quale mezzo fra quello negoziale ed autoritativo sia quello più adeguato rispetto al fine indicato.

---

[198] Cfr. M.NIGRO, *Problemi generali*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti fra privati* (a cura di M.COSTANTINO), Milano, 1995, p. 46.

[199] G.MARONGIU, *La pubblica amministrazione di fronte all'accordo. Considerazioni preliminari*, in L'accordo nell'azione amministrativa, a cura di A.MASUCCI, 1988.

[200] Invero non manca chi in dottrina non solo ha diffusamente dimostrato l'equivalenza funzionale fra strumento pubblico e privato ma si è altresì soffermato sulle ragioni per cui i pubblici poteri dovrebbero ordinariamente ricorrere ai principi e regole del diritto privato. In primo luogo, secondo tale prospettiva, lo strumento negoziale, consentirebbe di ottenere la massima partecipazione tra le parti, nel verso del miglior soddisfacimento dei relativi interessi. In secondo luogo, il rapporto negoziale garantirebbe una maggior trasparenza degli interessi incisi dal regolamento contrattuale. In terzo luogo, l'impiego di mezzi negoziali consentirebbe di attenuare i margini di discrezionalità o di carattere politico dell'autorità che sovente, appaiono del tutto non necessari a fronte di un assetto di interessi compiutamente codificato in via contrattuale. Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, op. cit. pp. 388-390.

Anticipando parzialmente le conclusioni del suddetto lavoro, si ritiene che la soluzione sia da individuarsi nello strumento privatistico e ciò, quanto meno, per due differenti ragioni.

La prima è data dall'elasticità intrinseca dello strumento privato idoneo, alla luce delle ragioni espresse in giurisprudenza e dottrina, che si avranno successivamente modo di analizzare, a derogare al principio di legalità, garantendo quindi l'acquisizione di mezzi che non potrebbero direttamente essere acquisiti in virtù di strumenti tipici.

La seconda è rappresentata invece dalle contingenze molto spesso economiche nelle quali versano le autorità pubbliche le quali, possono quindi essere adeguatamente corrette attraverso un sapiente coinvolgimento di mezzi privati resi per l'appunto possibili dallo strumento negoziale.

Le ragioni concisamente descritte, più quelle ulteriori che si avrà modo di evidenziare, appaiono invero evidenti con riferimento alla materia del diritto urbanistico tradizionalmente pervasa da forme di esercizio consensuale di funzioni pubbliche aventi ad oggetto la definizione dell'assetto di sviluppo urbano del territorio.

All'ombra infatti del complesso dibattito dogmatico concernente la negoziabilità del pubblico potere, l'urbanistica si è pragmaticamente arricchita di complessi sodalizi pubblico-privato, molto spesso emersi in assenza di un compiuto quadro positivo di riferimento, i quali costituiranno oggetto di disamina nel prosieguo del presente lavoro.

PARTE II - L'urbanistica consensuale

CAPITOLO 3 - L'urbanistica consensuale: inquadramento storico.

1. La convenzioni urbanistiche come strumento urbanistico.

Come correttamente affermato in dottrina, la formula dell'urbanistica consensuale rappresenta una nozione composita, comprensiva sia di rapporti "orizzontali", intercorrenti fra poteri pubblici, sia di quelli "verticali", che legano invece amministrazione e privati[201].

In particolare, la prima tipologia, oggi adeguatamente sussumibile nel perimetro dell'art. 15 della l. 241/1990, ricomprende ogni fattispecie idonea ad apportare le dovute modifiche alla vigente disciplina urbanistica, in funzione della realizzazione di nuovi assetti[202]. La seconda, a sua volta riconducibile nel perimetro dell'art. 11 della l. 241/1990, costituisce invece un complesso novero di accordi, concernenti la concreta determinazione ovvero attuazione delle prescrizioni urbanistiche[203].

A dispetto del profilo strutturale descritto, ciò che comunque rileva, in ambo le ipotesi, è un accordo in *funzione urbanistica,* ovvero un accordo avente ad oggetto l'esercizio o il non esercizio della funzione di pianificazione del suolo, intesa nelle sue diverse declinazioni.

L'urbanistica consensuale rappresenta ad oggi fenomeno ampiamente invalso sul piano della prassi nonché legislativo, le cui origini, da sempre strettamente embricate a quelle del diritto amministrativo, sono state adeguatamente ricostruite dalla nota ed autorevole opera di Valeria Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, alla quale, nel quadro di un lavoro quale il presente, appare doveroso un compiuto rinvio[204].

Come evidenziato dall'Autrice, l'esperienza delle convenzioni urbanistiche affonda le proprie radici già a partire dalla fine dell'800', in un periodo in cui, "a margine" dei piani regolatori, emersero, quale espressione di un'inedita coscienza urbanistica, convenzioni attuative del contenuto degli stessi.

---

[201] Cfr. P.URBANI, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Scritti Scelti*, 2015, Giappichelli, p. 222.
[202] Cfr. P.URBANI, *Dell'urbanistica consensuale*, op. cit. p. 222.
[203] Cfr. P.URBANI, *Dell'urbanistica consensuale*, op. cit. p. 222.
[204] Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., pp. 1-275.

La "molla" delle presenti convenzioni, in linea con gli studi storici del tempo, venne nello specifico individuata nella speculazione edilizia nonché nella modalità medesima di formazione della rendita fondiaria. Posta infatti l'attitudine dell'urbanizzazione a far lievitare il valore economico delle aree dalla stessa interessata, parve da subito "conveniente", per i privati titolari delle medesime, assumere direttamente, in via convenzionale, l'impegno alla realizzazione dei servizi essenziali ad esse correlate[205].

In un contesto economico giuridico quali quello liberale ottocentesco, nessuno dubitò, in particolare, della natura contrattuale di siffatte convenzioni, ancorché oggetto delle medesime fosse la disposizione di beni di rilevanza non esclusivamente patrimoniale. Attraverso lo strumento contrattuale venivano infatti concertate le modalità di realizzazione degli impianti di urbanizzazione del territorio, attività al tempo concepita come attribuzione di pubblici poteri[206].

Per l'effetto di tale impostazione, tanto dai documenti contrattuali quanto dalla giurisprudenza del tempo emergeva quindi, l'idea consolatasi come visto solo successivamente, della piena indifferenza dello strumento giuridico impiegato dall'autorità pubblica, rispetto al fine perseguito[207].

---

[205] Quella della rendita urbana è quindi uno fra le principali questioni legate alla disciplina urbanistica. Le prescrizioni urbanistiche hanno infatti attitudine ad attribuire un valore, in modo artificiale al suolo, determinando conseguentemente un aumento progressivo della domanda di mercato. Proprio Ricardo, uno fra i primi ad analizzare la questione della rendita, distingue fra rendita marginale e differenziale. La prima si verifica quando dallo sfruttamento del suolo si ricava altresì un utile per l'impresa. La seconda dipende invece dalle caratteristiche del suolo, ovvero dall'intrinseca capacità del bene di produrre un utile. A queste formulazioni seguirono poi quelle dell'economista tedesco Von Thunen, il quale legò la possibilità di percepire una rendita da un immobile anche in ragione della relativa posizione geografica ed urbanistica. Sebbene le dette teorie siano formulate nei primi dell'Ottocento, ad oggi non vi è dubbio che posizioni di vantaggio di rendita dei proprietari dipendano dalla destinazione giuridica attribuita dallo strumento di governo del territorio e non quindi dalle sole intrinseche qualità del fondo. P.URBANI, *Urbanistica solidale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012, p.134.

[206] Tale profilo era peraltro sovente esplicitato in sede di convenzione nella quale infatti si chiariva che il privato si impegnava a realizzare determinati impianti destinati a soddisfare l'interesse generale della collettività. Il contenuto della convenzione veniva quindi a tradursi nel programma di edificazione ed urbanizzazione della zona, la cui realizzazione costituiva peraltro oggetto di controlli pubblicistici da parte della competente autorità. Cfr. V.MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi,* op. cit., p. 70.

[207] Cfr. V.MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi,* in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti fra privati* (a cura di M.COSTANTINO), Milano, 1995, p. 70.

L'enfasi nel verso di una lettura meramente contrattuale delle convenzioni fu tuttavia progressivamente temperata dalla sopravvenuta giurisprudenza la quale, influenzata dalla coeva dottrina giuspubblicistica analizzata nel Capitolo 1, iniziò a dubitare in ordine alla possibilità del privato di surrogarsi al soggetto pubblico nell'esercizio di funzioni allo stesso riservate[208].

Ne seguì dunque una rinnovata lettura della fattispecie, la quale, da una dimensione propriamente contrattuale transitò, progressivamente, ad una squisitamente organizzativa. Se infatti in origine, nel plesso degli atti correlati alla convenzione, era la convenzione medesima ad essere intesa come atto dominante nella genesi degli effetti, successivamente, per l'effetto della sopravvenuta speculazione, il baricentro della fattispecie venne individuato nella delibera del consiglio comunale di approvazione del progetto della convenzione, sempre più intesa come vero e proprio atto amministrativo di natura autorizzatoria[209].

In un rinnovato quadro interpretativo, dalla fisionomia marcatamente pubblicistica, le convenzioni di lottizzazione persero quindi l'originaria e naturale componente contrattuale, assumendo dunque una rinnovata morfologia di atti programmatici, di difficile collocazione nel sopravvenuto quadro del sistema di diritto amministrativo[210].

---

[208] Cfr. V.MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi,* op. cit., p. 70.

[209] Rispetto a tale costruzione non mancarono peraltro altre tese a valorizzare ulteriormente il ruolo della convenzione degradata infatti a mera accordo accessivo di provvedimento. Il caso, è ad esempio, quello, del risanamento di Napoli ove, per mezzo di leggi speciali aventi ad oggetto l'approvazione di piani di risanamento, si affidò a soggetti privati concessionari l'onere di attuarne il contenuto. In tal caso, quindi, per l'effetto dello strumento concessorio, si individuò nel privato un soggetto agente non già in qualità di proprietario interessato dall'urbanizzazione dell'area quanto invece di concessionario abilitato dall'autorità all'esercizio di funzioni. Cfr. V.MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi,* op. cit., p. 70.

[210] Tale inquadramento destò quindi un insieme di perplessità e dubbi interpretativi. In primo luogo, infatti, la convenzione veniva radicalmente a perdere una propria identità nonché una sua corretta ed univoca collocazione sistematica. In secondo luogo, attraverso l'enfasi del provvedimento di approvazione del progetto, inteso come atto amministrativo produttivo di effetti esterni, veniva a mettersi in dubbio l'utilità stessa della convenzione a valle. In terzo luogo, attraverso la lettura del presente atto come autorizzazione si concepì un modello nel quale conferendo rilevante peso alla rimozione dell'ostacolo all'esercizio del diritto, si lasciavano quindi del tutto in ombra gli ulteriori profili incisi dalla convenzione dell'organizzazione dei beni in funzione pubblica. Cfr. V.MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi,* op. cit., pp. 77-80.

Una netta cesura fra prassi e costruzioni scientifiche, sia dogmatiche che pretorie, venne tuttavia determinata solo per l'effetto di quelle invarianti socio-economiche intervenute durante la prima metà del XX secolo.

Il frequente inserimento di vetuste clausole concernenti l'esercizio di potestà pubbliche da parte dell'autorità, nonché il radicamento delle convenzioni in un contesto propriamente procedimentale, contribuirono infatti ad accentuare l'aleatorietà nell'inquadramento delle medesime, dando quindi luogo a letture fra di esse divergenti non sempre capaci di cogliere compiutamente la complessa natura delle convenzioni[211].

La giurisprudenza, ad esempio, pur valorizzando il momento procedimentale quale mezzo idoneo a dar peso all'interesse pubblico, propose una lettura delle convenzioni a tratti manichea, tesa infatti a distinguere convenzioni nelle quali rilevante era il solo profilo privatistico ed altre all'opposto, in cui, dirimente risultava l'interesse pubblico ad essi correlato[212]. Maggiore distanza rispetto alla coeva prassi fu tuttavia espressa in dottrina ove peraltro si arrivò persino ad inferire l'inammissibilità astratta di siffatti strumenti, trattandosi infatti di accordi sostituivi di procedure cogenti, non liberamente disponibili da parte dell'autorità (Amorth)[213].

L'emersione del contrattualismo in materia urbanistica non fu quindi inizialmente accompagnata da alcuna ricostruzione organica capace di assicurarne un'adeguata sistemazione concettuale nel perimetro del sistema di diritto amministrativo. Dall'analisi della prima riflessione in materia è infatti possibile evincere l'esistenza una considerevole frizione fra prassi e teoria, quest'ultima sovente arroccata in una posizione del tutto astratta di per sé quindi inadeguata a cogliere compiutamente le

---

[211] Cfr. V.MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi,* op. cit., p. 75.

[212] La posizione della giurisprudenza, complice il panorama interpretativo di inizio XX secolo, fu invero condizionata dall'esigenza di distinguere l'area del pubblico interesse da quella dell'attività negoziale. In alcuni casi, quindi come quello delle convezioni concluse nel quadro dell'edilizia popolare, posto l'esiguo peso conferito nelle disposizioni legislative di riferimento all'interesse pubblico, le convenzioni furono nelle qualificate in termini di cessione. In altri casi invece, in virtù dell'attrito costante fra interessi pubblici e privati, la giurisprudenza ricorse alla complessa figura dei contratti accessivi di provvedimento, giustificando, in tal modo, la costante esposizione del negozio ad effetti unilateralmente prodotti dal provvedimento presupposto. Cfr. V.MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi,* op. cit., p. 80.

[213] Cfr. V.MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi,* op. cit., p. 81.

invarianti del fenomeno dell'urbanistica convenzionale, il cui inquadramento rimarrà, invero, del tutto insoluto, per buona parte del XX secolo.

2. Le convenzioni urbanistiche nella seconda metà del XX secolo.

Il considerevole iato fra prassi e speculazione giuridica continuò, tuttavia, ad acuirsi nel periodo successivo alla codificazione della Legge Urbanistica fondamentale, l. 17 agosto 1942, n. 1150, nonostante la sopravvenuta regolazione del fenomeno dell'urbanistica consensuale.

Proprio in tale contesto, infatti, nel quadro di un più profondo ripensamento della disciplina urbanistica[214], venne disciplinato, con l'art. 8 della legge 6 agosto 1967, n. 765 ("Legge Ponte"), lo strumento della convenzione di lottizzazione, invero concepita, come l'unica, fra le diverse forme di lottizzazione da "salvare"[215].

---

[214] L'approvazione della "legge Ponte" rappresentò infatti l'epilogo di un lungo periodo di profonda riflessione della disciplina urbanistica della quale si invocava, da più parti, una modifica. Da un lato, vi era l'esigenza di fornire un adeguato impianto normativo capace di darne piena attuazione; dall'altro vi era, invece, la necessità di definire un impianto positivo capace di intercettare le sopravvenute esigenze di urbanizzazione (Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., pp. 219-220). I pilastri dell'anelata riforma furono peraltro condensati in un documento steso a cura di Piccinato con il quale si individuarono i tre differenti cardini sui quali realizzare lo "scheletro dei dispositivi di legge" (Cfr. L.PICCINATO, *Per un codice dell'urbanistica. Note illustrative e revisione*, in F.SULLO, *Lo scandalo urbanistico*, Firenze, 1964, pp. 165 e ss.). In particolare, tali punti furono individuati nella: organizzazione delle autorità preposte alla gestione dell'urbanistica[214]; eliminazione delle sperequazioni intercorrenti fra proprietari[214]; coinvolgimento dei privati nell'attuazione dei piani. Il primo fra i punti descritti non ebbe invero immediato seguito posto che si ritenne opportuno, per una compiuta realizzazione dello stesso, attendere la piena realizzazione degli enti regionali. Ecco perché, salvo l'esperienza della realizzazione della direzione generale dell'urbanistica, nel 1965, vennero realizzate un insieme di leggi tampone destinate a rimediare alle più vistose falle della disciplina urbanistica quali, ad esempio, la l. 167 del 1962 per l'acquisizione di aree da destinare all'edilizia economica e popolare. (Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., p. 224). Il tema della perequazione fra proprietari si impose ben presto per mezzo degli studi economici sulla rendita fondiaria urbana, nonché dei coevi contributi in materia urbanistica dei giuristi. In particolare, oggetto di disamina era quello dell'individuazione di strumenti che rendessero i proprietari indifferenti rispetto alle scelte di piano. Le risultanze del suddetto dibattito furono tuttavia prodotti di parco rilievo che pur nella loro utopia e mal formulazione ebbero il pregio di portare all'attenzione del legislatore l'opposizione ad un "vecchio regime dimostratosi chiaramente incapace di assicurare uno sviluppo umano delle città" (Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., p. 225.)

[215] Le lottizzazioni i cui atti genetici venivano ascritti ad un'area provvedimentale si dimostrarono infatti molto spesso incapaci di convogliare nel verso di uno scopo unico tanto gli interessi pubblici quanto quelli privati. Da un lato, infatti, l'esperienza aveva dimostrato come l'autorizzazione alla lottizzazione era sovente rilasciata in assenza di qualsiasi controllo urbanistico; mentre, dall'altro, la giurisprudenza amministrativa, severa nell'ammettere la legittimità dei rifiuti dell'amministrazione su istanze a lottizzare, aveva di fatto paralizzato ogni il potere

Il recepimento sul piano positivo dell'istituto della convenzione di lottizzazione rappresentò quindi un mezzo idoneo a consolidare l'apertura in atto del procedimento di pianificazione verso il "basso", garantendo dunque un maggior coinvolgimento del privato nella realizzazione degli spazi urbani. Attraverso la medesima, infatti, si introdusse uno strumento capace di assicurare una precisa ed organica attuazione dell'intervento di trasformazione del territorio, i cui costi, in termini di opere di urbanizzazione, venivano contestualmente "scaricati" dalla collettività al privato[216].

In particolare, il presente risultato era conseguito mediante una soluzione propriamente convenzionale, la quale, in tale fattispecie, non costituiva un mero accessorio rispetto al piano, bensì veniva ad identificarsi con il piano medesimo: oggetto della convenzione era, infatti, non già il mero impegno del privato all'esecuzione delle opere di urbanizzazione, quanto, più correttamente, l'individuazione della disciplina edificatoria, nella sua consistenza edilizia e pianificatoria, da imprimere ad un'area complessivamente intesa[217].

Dal punto di vista dinamico, la stipulazione delle presenti convenzioni avveniva, di norma, su iniziativa dei privati interessati dall'urbanizzazione dell'area, i quali, conseguentemente, presentavano un progetto di convenzione nonché un piano di lottizzazione, da sottoporre all'attenzione della competente autorità[218]. Da tale adempimento aveva quindi luogo la fase della "trattativa" che si concretava in una continua comparazione tra il progetto urbanistico presentato dal privato con gli ulteriori interessi pubblici comunque incisi dalla disciplina urbanistica.

Proprio tale comparazione veniva quindi tradotta nella delibera comunale di autorizzazione all'operazione, mediante la quale, si legittimava quindi il sindaco alla stipulazione della convenzione[219].

---

dell'amministrazione comunale a dirigere e far attuare l'azione dei privati. Cfr. V.MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzativi,* op. cit., p. 83.

[216] Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., p. 81.

[217] Cfr. M.QUAGLIA, *Urbanistica consensuale,* op. cit., p. 656.

[218] Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., p. 259.

[219] Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., pp. 259-261; Sul piano positivo, la convenzione di lottizzazione non rappresentò, peraltro, l'unico esempio di convenzione urbanistica. A partire infatti dal 1967, il Legislatore delineò un quadro contenutisticamente disomogeneo di fattispecie, il quale, pur privo di un suo nucleo centrale, contribuì ad implementare l'idea della consensualità in materia urbanistica. A seconda infatti della convenzione, di volta in

Se da un lato, il sopravvenuto dato positivo contribuì a rafforzare l'idea della consensualità nell'esercizio della funzione urbanistica, dall'altro, lo stesso diede comunque luogo ad un copioso e vivace dibattito interpretativo in merito alla natura del sopravvenuto strumento di pianificazione.

Nonostante, infatti, il Legislatore avesse formalmente dato peso al momento della contrattualità nell'esercizio della funzione urbanistica, non mancarono, invero, nella riflessione pretoria e dottrinale, tesi dirette a dequotare la componente negoziale della fattispecie a favore di quella propriamente organizzativa.

L'incertezza di tali letture risultava peraltro foraggiata da una coeva ed ondivaga prassi che vedeva, infatti, frequenti innesti, all'interno delle convenzioni, di clausole e formule non impegnative dal contenuto più vario, che, non consentivano di individuare un *genus* unico convenzionale.

In alcuni casi, ad esempio, tali convenzioni pattuivano obbligazioni a carico del solo privato; in altri esse prevedevano l'obbligo del comune alla conversione o riduzione del contributo di miglioria specifico; in altri ancora la parte pubblica assumeva un formale impegno all'esercizio di uno specifico potere, funzionale, ad esempio, all'approvazione di un piano urbanistico[220].

Più in generale, le difficoltà connesse ad un corretto inquadramento dell'istituto erano legate alla intrinseca morfologia del medesimo, strutturalmente diviso fra un piano di lottizzazione ed una connessa convenzione. In altri termini, da un lato, veniva in rilievo un modello di organizzazione del territorio, formalizzato nell'atto "autoritativo" del piano di lottizzazione, dall'altro, invece, veniva in essere

volta considerata, si assisteva all'individuazione di una disciplina specifica non sempre suscettibile di applicazione generalizzata. Il riferimento è, ad esempio, al contenuto della autonomia negoziale del privato, la quale, veniva infatti a subire una differente flessione a seconda dell'interesse pubblico di volta in volta seguito. In alcuni casi, infatti, venivano ad esempio apposti limiti astratti in ordine alla libertà di disporre i beni realizzati (o alla loro destinazione d'uso), in altri, invece, pur ammettendone la circolazione, venivano individuate puntuali forme di controllo sul valore di scambio degli stessi. Al di là delle singole differenze intercorrenti fra le convenzioni, appariva comunque indubbio, come unico aspetto ricorrente fosse quello dell'attribuzione contraente privato dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione, realizzando quindi, per l'effetto, quel transito su descritto della urbanizzazione dello spazio urbano dalla collettivà al privato. Per una più ampia disamina delle diverse ipotesi di convenzioni in materia urbanistica cfr. T.GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, op. cit. pp. 4-6.

[220] Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., pp. 241-242.

l'assunzione di un insieme di obblighi, funzionali all'attuazione del modello, e cristallizzati nella convenzione di lottizzazione[221].

A fronte della complessità strutturale dell'atto non poteva che quindi seguire una speculare complessità delle letture, di volta in volta proposte in giurisprudenza e in dottrina, tese a scandagliarne la natura.

In giurisprudenza, l'esame della natura delle convenzioni di lottizzazione fu prioritariamente svolto al fine di individuare i limiti entro i quali la posizione del privato poteva considerarsi tutelata a fronte di quelle sopravvenute modifiche intervenute in corso di esecuzione.

Punto di partenza della presente riflessione era invero il costante riconoscimento della componente contrattuale delle convenzioni, per mezzo delle quali, tuttavia l'autorità non perseguiva *"un interesse economico dell'azienda comunale"* bensì si palesava *"nel pieno esercizio di una propria attribuzione di interesse pubblico"*[222].

Proprio da tale ultima precisazione, tesa quindi a valorizzare il radicamento dell'istituto in un sistema propriamente pubblicistico, discendevano dunque un insieme di corollari idonei a conferire al medesimo un regime giuridico "speciale" che di fatto temperava quell'essenza contrattuale apparentemente invocata[223].

I principali profili in relazione ai quali era possibile cogliere siffatta specialità erano in particolare individuati, da un lato, nella definizione di un insieme di "privilegi" attribuiti all'amministrazione, in funzione del pubblico interesse, mentre, dall'altro, nella peculiare qualifica della posizione soggettiva del privato, interagente con l'autorità.

Con riferimento al primo punto, a dispetto della natura contrattuale del rapporto, risultava invero pacifica, in giurisprudenza, la possibilità del comune di introdurre unilateralmente varianti all'assetto edilizio programmato, ritenendosi, infatti,

---

[221] Cfr. M.NIGRO, *Problemi generali*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti fra privati* (a cura di M.COSTANTINO), Milano, 1995, p. 41; quanto detto risulta peraltro evidente nella riflessione di Tommaso Galletto il quale, infatti, discutendo della natura delle convenzioni urbanistiche, ne evidenzia il carattere *polimorfo* e *misterioso.* Valorizzando infatti il momento dello scambio inevitabile appare l'inquadramento del fenomeno in un merito propriamente privatistico. Valorizzando al contrario il perseguimento del pubblico interesse reso possibile mediante la medesima non si poteva che seguire un inquadramento in un quadro propriamente pubblico Cfr. T.GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, op. cit. p. 1.

[222] Cfr. Cons. St., Sez. V, sentenza del 28 luglio 1961, n. 470.

[223] Cfr. A.CANDIAN-A.GAMBARO, Giuffrè, 1992, p. 105.

sussistente la potestà pubblicistica propria dell'amministrazione, altresì in caso di convenzioni[224].

In particolare, tale potestà appariva, nelle presenti prospettazioni, del tutto estranea al rapporto contrattuale non potendo quindi né derivare alcuna responsabilità per il comune, dal relativo esercizio, né limitarsi ovvero impedirne lo svolgimento mediante un'apposita clausola contrattuale[225].

Il regime giuridico speciale delle convenzioni di lottizzazione, ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza ordinaria, venne quindi parallelamente razionalizzato, in un contesto propriamente pubblicistico, da parte della giurisprudenza amministrativa.

In particolare, se da un lato si riconosceva infatti il potere dell'amministrazione a modificare unilateralmente il contenuto della convenzione, dall'altro, la giurisprudenza amministrativa ne ancorò comunque l'esercizio al rispetto dell'obbligo motivazionale, invero desumibile da considerazioni interne al medesimo sistema di diritto amministrativo[226].

---

[224] Cfr. A.CANDIAN-A.GAMBARO, Giuffrè, 1992, p. 65; il temperamento del momento convenzionale fu peraltro legato all'esigenza di evitare un pericoloso irrigidimento della "libertà" di azione dell'amministrazione apparentemente imbrigliata in uno strumento dalla natura rigida quali quello contrattuale Cfr. P.PORTALURI, *Il privato nelle trasformazioni territoriali*, in Presente e futuro della pianificazione urbanistica (a cura di F.PUGLIESE e E.FERRARI), Giuffrè, Milano, 1999, p. 184.

[225] Cfr. A.CANDIAN-A.GAMBARO, Giuffrè, 1992, p. 64. In questi termini Cfr. Cass., Sez I, sentenza 11 ottobre 1958, n. 3220; In linea con la suddetta tesi era altresì l'impossibilità di qualificare violazione della convenzione il fatto che l'amministrazione avesse sospeso o revocato le licenze concesse nel quadro di una lottizzazione Cfr. Cons. St. Sez. V, sentenza 29 ottobre 1960, n. 760; In linea con il pregresso assunto, nella riflessione giurisprudenziale, non era dunque infrequente l'affermazione secondo cui, l'esercizio della funzione di pianificazione del territorio non poteva costituire oggetto di un obbligo formalmente assunto dall'ente pubblico nei confronti di un privato (cfr. CASS., sez. un., 27.7.1982, n. 4322; CASS., sez. un., 16.2.1984, n. 1160). In particolare, secondo tale prospettiva, l'esercizio della pubblica funzione non poteva che realizzarsi con esclusivo riferimento alla cura del pubblico interesse, in relazione al quale la regola della discrezionalità nonché della dinamicità nel tempo delle decisioni amministrative, non consentiva eccezione alcuna. Sulla base delle pregresse considerazioni è stato quindi sostenuto come gli accordi fra privati e amministrazione fossero possibili nei limiti in cui essi fossero in linea con il pubblico interesse. In altri termini, l'accordo fra imprenditore e comune poteva quindi essere vincolante per quest'ultimo esclusivamente in quei profili che non incidevano nelle scelte di pianificazione urbanistica, per loro natura indisponibili. Cfr. T.GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, op. cit. pp. 7 e 13-14.

[226] Particolarmente ostico risultò sovente individuare la concreta misura della motivazione applicabile al caso concreto. Sul punto, occorre ricordare come la giurisprudenza ha sostenuto come un obbligo di adeguata motivazione sussistesse solo in presenza di lottizzazione legittime e perfezionate ovvero quindi ad un momento in cui appare sufficientemente consolidato un adeguato grado di affidamento maturato da privato in merito al positivo esito del procedimento. Cfr.

Dalle considerazioni svolte, tese quindi a valorizzare la presenza nonché l'esercizio di un pubblico potere, non poteva da ultimo derivare la qualifica della posizione soggettiva del privato interagente con l'amministrazione in termini, non già di diritto soggettivo, quanto invece di interesse legittimo, trattandosi infatti di situazione giuridica soggettiva dialogante con il potere pubblico[227].

Per l'effetto dunque delle posizioni concisamente ricostruite la giurisprudenza propose quindi una lettura delle convenzioni di lottizzazione a tratti anfibia, dall'incerto perimetro, costantemente tesa fra diritto pubblico e privato. In altri termini, dall'esame del formante pretorio, tanto ordinario quanto amministrativo, emergevano dunque un insieme di incertezze interpretative che non trovarono una propria compiuta sistemazione concettuale neppure da parte della coeva riflessione dogmatica.

Un pregevole tentativo di ricostruzione dell'istituto fu invero proposto in dottrina dal Giannini attraverso la teorica, descritta nel primo Capitolo, del contratto ad oggetto pubblico. Secondo l'Autore, infatti, posta la netta cesura fra contratto e provvedimento, le convenzioni di lottizzazione non erano altro che contratti sostituivi di provvedimento, il cui oggetto era un bene disponibile esclusivamente da parte dell'amministrazione[228].

Ancorché tale ricostruzione fosse teorizzazione più raffinata rispetto a quella proposta dalla giurisprudenza anche la tesi del Giannini entrava chiaramente in crisi nella parte in cui cercava di spiegare la complessa natura delle convenzioni cercando di conciliare due punti di vista fra di essi divergenti[229].

A.CANDIAN-A.GAMBARO, Giuffrè, 1992, pp. 95-99; La flessibilità del contenuto delle convenzioni è stata nello specifico affermata con riferimento all'intervento di sopravvenienze normative. In un caso esaminato dal giudice amministrativo oggetto di disamina è stato infatti la verifica dell'ammissibilità di modifiche unilaterali, da parte dell'amministrazione, dei profili patrimoniali di una convenzione di lottizzazione, dipese dell'intervento, in corso di esecuzione della medesima, della normativa in materia di pagamento di oneri di urbanizzazione contenuta nella l. n. 10 del 1977. In particolare, in tale ipotesi, il giudice amministrativo affermò che la convenzione di lottizzazione costituisse uno *ius speciale* del rapporto urbanistico-edilizio, risultando pertanto, conseguentemente, suscettibile di qualsivoglia modifica occasionata dalla cura dell'interesse pubblico ed a seguito di mutamento delle specifiche previsioni urbanistiche (cfr. T.A.R. Lombardia, sez. Brescia, sentenza del 23 novembre 1979, n. 371). Cfr. T.GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, op. cit. pp. 18 e ss.

[227] A.CANDIAN-A.GAMBARO, Giuffrè, 1992, pp. 77.

[228] Cfr. M.S.GIANNINI, *L'attività amministrativa*, op. cit. p. 99.

[229] Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., pp. 249.

Da un lato, infatti, vi era l'indubbio pregio di individuare nel diritto privato un diritto comune dal quale attingere al fine di colmare le lacune proprie dell'istituto in esame; dall'altro, tuttavia, la dimensione commutativa prima perorata veniva di fatto tradita dalla valorizzazione della pubblicità dell'oggetto che surrettiziamente rinviava ad una forma e funzione propriamente organizzativa della convenzione[230].

Più in generale, la tesi dell'Autore ebbe quale logica conseguenza quella di supportare sia quanti sostenevano la natura contrattuale delle convenzioni urbanistiche[231], sia quanti invece intesero le convenzioni come componenti di procedimento amministrativo di rilievo urbanistico[232]. In altri termini, anziché dare una soluzione univoca la tesi del contratto ad oggetto pubblico contribuì ulteriormente ad acuire l'annoso problema interpretativo.

E' quindi a valle della ricostruzione del suddetto quadro interpretativo che la Mazzarelli, nelle sue *"non-conclusioni"*, cerca di dare una propria risposta all'interrogativo.

Pur rigettando ogni ricostruzione "manichea" dell'istituto, in chiave ora meramente procedimentale, ora contrattuale, l'Autrice non si arroga tuttavia conclusivamente l'onere di offrire una soluzione classificatoria dei presenti rapporti dei quali si evidenzia comunque la complessa natura, costantemente tesa una dimensione organizzativa ed una negoziale che costantemente convivono e si sovrappongono[233].

A dispetto tuttavia del suddetto limite risulta comunque indubbio come anche in tale pensiero rilevi un netto rifiuto di qualsivoglia incompatibilità fra la disciplina del

---

[230] Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., pp. 250.

[231] Cfr. I.CIAMPI D'ELIA, in Atti del XV Convegno di studi amministrativi su "Il piano di lottizzazione oggi" (Varenna, settembre 1969), Milano, Giuffrè, 1971, pp. 169-179. In particolare, l'Autrice individua tre diversi momenti del procedimento di lottizzazione. Il primo quello dell'approvazione-adozione del piano si caratterizzerebbe per un'indispensabile manifestazione del potere autoritativo. Il secondo quello della convenzione urbanistica si caratterizzerebbe invece per la presenza di un momento marcatamente privatistico dati dall'incontro di volontà fra privati e P.A. L'ultimo, quello del provvedimento di autorizzazione lottizzativa segnala, nuovamente, l'emersione di un momento pubblicistico di unilateralità.

[232] M.BESSONE, *Natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in *Convenzione urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati*, op. cit., pp. 231 e ss.. Secondo l'Autore sussisterebbe, infatti, una perfetta equivalenza sostanziale fra la convenzione e il piano particolareggiato tale per cui la disciplina prevista per il secondo sarebbe, conseguentemente, applicabile al primo. Posta tale premessa, viene quindi esclusa la natura contrattuale della lottizzazione, la quale, pur avvalendosi della convenzione quale strumento di coordinamento tra potere pubblico e diritto dei privati non presuppone comunque quella fusione di volontà delle parti contraenti propria del contratto.

[233] Cfr. V.MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., p. 250.

contratto e l'ottimale esercizio del potere autoritativo, potendo quindi l'interesse pubblico essere adeguatamente perseguito altresì mediante lo strumento privato[234].

3. Brevi cenni conclusivi.

Nei paragrafi precedenti si è cercato di evidenziare il sensibile peso tradizionalmente riserbato allo strumento negoziale in materia urbanistica.

Pur in assenza di un riferimento positivo espresso il contratto poté, infatti, nella prassi, atteggiarsi a strumento di pianificazione alternativo a quello provvedimentale, capace di intercettare gli interessi pubblici e privati incisi dagli interventi di trasformazione urbana.

A dispetto del riverbero indicato, la coeva speculazione, giurisprudenziale e dottrinale, offrì tuttavia letture del fenomeno del tutto riduttive, le quali, pur coerenti con complessi ed astratti sistemi concettuali apparivano, sovente, incapaci di cogliere l'effettiva essenza del fenomeno.

Fu quindi nel convulso rapporto descritto, fra prassi e interpretazione, che venne ad incidere l'art. 8 della l. 765 del 1967, per mezzo del quale l'istituto della convenzione di lottizzazione poté formalmente fare il proprio ingresso nel mondo giuridico[235].

Anziché tuttavia sopire ogni dubbio interpretativo, il sopravvenuto dato positivo sollecitò ulteriormente la coeva speculazione giuridica divisa, nella ricerca della poliforme natura dell'istituto, fra diritto pubblico e privato.

Il complesso dibattito descritto può comunque, ad oggi, considerarsi ragionevolmente sopito, posto che, coerentemente con le più recenti interpretazioni, le convenzioni di lottizzazione, ovvero le *"centauresse",* secondo l'autorevole opinione del Giannini[236], appaiono riconducibili nel perimetro dell'accordo amministrativo, di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990[237].

---

[234] Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, op. cit., pp. 73.

[235] Cfr. I.CIAMPI D'ELIA, in Atti del XV Convegno do studi amministrativi su *"Il piano di lottizzazione oggi"*, op. cit. p. 61.

[236] Cfr. V.MAZZARELLI, *Prefazione*, *Le convenzioni urbanistiche,* op. cit.

[237] Cfr. M.DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio. Le convenzioni urbanistiche*, Rivista giuridica dell'edilizia, 2010, p. 287; In questo senso Cons. St, Sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3016, in base al quale *"Va, poi, rilevato che alle convenzioni urbanistiche –*

La bontà della presente tesi sarebbe in particolare confermata dalla natura delle convenzioni quali contratto sostitutivo di provvedimento[238]. In altri termini, per mezzo del suddetto istituto si realizzerebbe un esercizio consensuale della funzione urbanistica il cui concreto contenuto sarebbe dunque definito attraverso un confronto dialogico fra soggetto pubblico e privato.

I più recenti orientamenti in tema di convenzione di lottizzazione, oltre ad avvallare la soluzione descritta, hanno altresì teso nel verso di una lettura unitaria del fenomeno, idonea quindi a superare la risalente dicotomia fra piano e convenzione di lottizzazione. In altri termini, secondo tale prospettiva, il piano e la convenzione non rappresenterebbero atti formalmente distinti bensì costituirebbero due differenti facce di un medesimo istituto[239].

---

quando manchi una compiuta disciplina della singola figura negoziale - deve ritenersi applicabile in via analogica ed in quanto compatibile la disciplina dei piani di lottizzazione di cui all'articolo 28 della legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150, come sostituito per effetto dell'art. 8, l. 6 agosto 1967, n. 765, trattandosi di disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe"; in senso conf. Cfr. Tar Lazio, Sez. II-quater, sentenza del 28 marzo 2019, n. 4142, *"In conclusione, non vi sono dubbi sull'ammissibilità sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 7 e dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 del d.lgs n. 104/2010, relativamente alle controversie concernenti convenzioni urbanistiche, che rientrano tra gli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo di cui all'art. 11 della L. n. 241/1990 (vedi, da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV n. 199 e n. 1341 del 2019; n. 6107 del 2018) anche per quanto concerne le questioni relative all'esecuzione, trovando applicazione "in quanto compatibili" i principi del codice civile su obbligazioni e contratti, in primis l'art. 1453 e 2932 c.c."*

[238] Cfr. E.BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione,* op. cit., p. 265; L'ambito applicativo dell'art. 11 è tradizionalmente ricondotto a quello dei contratti ad oggetto pubblico ovvero di contratti nei quali dedotto in convenzione è un oggetto propriamente pubblico. In ossequio a tale premessa si ritengono pacificamente sussunti in tale fattispecie, le convenzioni urbanistiche, le concessioni di servizio pubblico nonché le concessioni di beni pubblici. A dispetto della presente e diffusa tassonomia, secondo parte della dottrina, solo le convenzioni urbanistiche sarebbero tuttavia i rapporti da sussumere ed inquadrare nel perimetro degli accordi amministrativi. Solo infatti nel caso delle convenzioni urbanistiche sussiste un'evidente connessione con l'esercizio di una potestà pubblicistica la quale viene esercitata secondo logiche convenzionali che surrogano quelle unilaterali proprie del provvedimento. Tale intima correlazione non sembrerebbe invero desumibile dalle altre due ulteriori fattispecie ovvero delle concessioni di servizi e beni pubblici. Nel primo caso, infatti, l'evoluzione del sistema interno di erogazione del servizio nonché il sopravvenuto diritto europeo hanno progressivamente posto enfasi alla componente contrattuale del rapporto dequotando quindi la componente pubblicistica surrettiziamente introdotta dalla giurisprudenza per mezzo della qualifica di siffatti rapporti in termini di accordi amministrativi. Considerazioni analoghe valgono altresì per la seconda fattispecie indicata ovvero le concessioni di beni pubblici. Ancorché infatti è innegabile la pubblicità dell'oggetto è comunque di tutta evidenza come la disciplina dell'utilizzo e gestione del patrimonio pubblico avvenga attraverso moduli e strumenti negoziali aventi ad oggetto la disciplina di attività economiche di natura imprenditoriale. Cfr. A.MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, op. cit., pp. 140-174.

[239] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, ed. V, 2013, p. 197; S.MORI, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, n. 3/4, 2010, pp. 457-458.

Posto il presente inquadramento, la disciplina applicabile alle convenzioni urbanistiche, viene quindi ad oggi ricavata fra le pieghe dell'art. 11 della l. 241 del 1990, il quale, offrirebbe dunque una più solida base positiva al fenomeno dell'urbanistica convenzionale.

Rinviando a quanto già compiutamente analizzato nel Capitolo secondo, occorre conclusivamente soffermarsi, su uno degli aspetti più problematici della disciplina indicata, il quale, meglio di altri, intercetta la complessa natura, convenzionale e organizzativa, delle convenzioni.

Il riferimento, in particolare, è all'ammissibilità astratta, in sede di convenzioni urbanistiche, del potere di *ius variandi,* ovvero del potere dell'autorità di adeguare unilateralmente il contenuto della convezione alle sopravvenienze intervenute in corso di esecuzione.

Come anticipato nel Capitolo secondo, la soluzione al quesito non può che essere negativa posto che ogni modifica dell'accordo non può che esigere un nuovo confronto negoziale fra le parti che vi aderiscono, teso a definire un nuovo equilibrio contrattuale. In altri termini, valorizzando la componente negoziale della convenzione, l'adeguamento del relativo contenuto, a qualsivoglia sopravvenienza intervenuta, necessita il rinnovato svolgimento di una relazione binaria e collaborativa fra le parti, idonea a conformare il contenuto della convenzione al concreto assetto di interessi perseguito.

Tale assunto, teso ad enfatizzare la natura negoziale della convenzione, non esclude, peraltro, la possibilità dell'autorità di addivenire comunque, unilateralmente, ad una modifica della connessa disciplina urbanistica.

Ancorché infatti la convenzione, atto attuativo, costituisce strumento negoziale frutto della partecipazione di più soggetti, al contrario, la disciplina urbanistica di riferimento, risulta comunque espressione di un potere unilaterale, riservato alla sola autorità pubblica.

Laddove dunque gli strumenti di pianificazione dovessero essere modificati in modo incompatibile rispetto al contenuto della convenzione l'amministrazione potrà quindi recedere dalla convenzione ex art. 11, co. 4-*bis* della l. 241 del 1990, integrando quindi, per l'effetto, una sorta di *ius variandi* "esterno" che pur svolto su

atti terzi rispetto alla convenzione, appaiono comunque idonei ad incidere sulla fisionomia del rapporto[240].

In tal caso, l'esistenza del rapporto contrattuale imporrebbe comunque un'adeguata motivazione in merito alla sopravvenuta cura di esigenze reali e concrete di pubblico idonee a rendere del tutto recessive quelle del privato interagente con l'autorità pubblica[241].

La soluzione al complesso quesito transita quindi, ancora una volta, attraverso un sapiente impiego di categorie, ora privatistiche ora pubblicistiche, idonee, nella loro sovrapposizione ed intreccio, a garantire un'adeguata cura del pubblico interesse[242].

Esaminati alcuni fra i principali aspetti delle convenzioni di lottizzazioni, costituenti invero l'archetipo delle convenzioni urbanistiche, è quindi possibile avviarsi verso la conclusione del presente lavoro[243].

Analizzata l'evoluzione storica della diffusione del mezzo negoziale in ambito urbanistico, nel prossimo Capitolo si cercherà, invece, di approfondire, le ragioni, giuridiche e politiche, ad esso sottese.

---

[240] Sulla possibilità dell'amministrazione di intervenire in via unilaterale esclusivamente sugli atti di pianificazione Cfr. G.PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in Diritto amministrativo (a cura di L.MAZZAROLLI, G.PERICU, A.ROMANO, F.A.ROVERSI-MONACO, G.SCOCA), ed. I, Vol. II., op. cit., p. 1677.

[241] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti,* op. cit. p. 199.

[242] La sovrapposizione descritta della componente negoziale con quella provvedimentale appare invero frequente, altresì, nella più recente riflessione giurisprudenziale. In particolare, la componente negoziale viene, ad esempio, valorizzata nella qualifica delle obbligazioni aventi ad oggetto la realizzazione delle o.o.p.p.. In tal caso, infatti, la giurisprudenza suole concepire tali prestazioni come obbligazioni *propter rem* da ciò inferendo che tenuti al relativo adempimento sono, non solo, le parti dell'accordo, quanto anche coloro che abbiano richiesto il rilascio della concessione edilizia nell'ambito della lottizzazione, nonché, i successivi proprietari della medesima *res* (Cons. St., Sez. IV, sentenza del 9 gennaio 2019, n. 199; Tar Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, sentenza del 28 marzo 2019, n. 4142). La componente provvedimentale appare invero evidente nell'individuazione del termine di prescrizione dell'obbligazione concernente la cessione, a titolo gratuito, delle aree al Comune da deputare alla realizzazione delle dovute dotazioni infrastrutturali. In tal caso, infatti, la giurisprudenza qualifica tale prestazione come imprescrittibile, rilevando la decorrenza del termine decennale di attuazione della prestazione esclusivamente al fine funzionale ad attribuire nuovamente all'autorità del potere di definire, in via convenzionale o autoritativa, un nuovo assetto urbanistico all'area oggetto della convenzione, senza quindi incidere sulla validità ed efficacia della prestazione in essa dedotta (cd. ultrattivita della lottizzazione cfr. par. 11.3 sentenza). La *ratio* di tale soluzione è nello specifico ravvisata nell'esigenza di impedire che l'imprenditore inadempiente possa percepire profitti da una lottizzazione a danno della comunità, sottraendosi quindi all'esecuzione di obblighi che non rappresentano, in termini civilistici, una mera controprestazione contrattuale bensì un elemento strutturale, caratterizzante e imprescindibile della lottizzazione (Cfr. Cons. St., Sez. IV, sentenza del 26 febbraio 2019, n. 1341)

[243] Cfr. G.PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, in Rivista Giuridica dell'urbanistica, 2008, p. 453.

In particolare da un approccio puramente descrittivo si passerà dunque ad uno più critico teso a scandagliare le ragioni nonché i vantaggi correlati al fenomeno dell'urbanistica consensuale.

CAPITOLO 4 - La pianificazione per accordi.

1. I mobili confini dell'urbanistica consensuale.

Nel precedente Capitolo si è definita l'urbanistica consensuale come insieme di rapporti negoziali aventi ad oggetto l'esercizio o il non esercizio della funzione di pianificazione del suolo.

Coerentemente con tale nozione, l'urbanistica consensuale rappresenta quindi una modalità dialogica e concertata di esercizio della funzione urbanistica, ovvero della funzione tesa alla pianificazione degli usi e risorse del territorio, secondo modalità tali da garantire un'equa composizione degli interessi, particolari e generali, che insistono sul medesimo[244].

Posta la presente nozione è quindi opportuno soffermarsi sul contenuto nonché, per l'effetto, sulle ragioni sottese all'emersione del fenomeno dell'urbanistica consensuale.

In linea con la bipartizione proposta nel precedente Capitolo, è possibile articolare il presente fenomeno, da un lato, in rapporti "orizzontali" intercorrenti fra le autorità pubbliche, mentre, dall'altro, in relazioni "verticali" che legano invece l'amministrazione e il privato.

Costituisce esempio della prima categoria l'istituto dell'accordo di programma, di cui all'art. 34 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi

[244] La nascita della disciplina urbanistica è da connettersi allo sviluppo economico e sociale del territorio, la cui tutela divenne, ben presto, uno dei fini primari dello Stato. Posta la suddetta esigenza, i poteri pubblici si arrogarono dunque il gravoso compito di dettare regole che pur limitando il contenuto delle attività economiche private fossero comunque contestualmente in grado di assicurare un ordinato e razionale sviluppo del territorio. La disciplina urbanistica si presenta quindi sin dalle origini come disciplina dal contenuto "orizzontale" che non guarda dunque al mero sfruttamento edilizio del territorio, quanto invece detta le regole per lo sviluppo socio-economico del medesimo, complessivamente inteso. Considerata la definizione resa, sembra quindi che nel noto confronto fra la tesi di Miele e Benvenuti sul rapporto intercorrente fra pianificazione del territorio ed economica, abbia infine prevalso la seconda, fondata infatti sul precipuo presupposto per cui la pianificazione economica sarebbe saldamente condizionata dalla prima (Cfr. F.BENVENUTI, *Gli elementi giuridici della pianificazione territoriale in Italia*, in Pianificazione territoriale e provinciale. Atti del convegno internazionale, Passo della Mendola 1955, Trento 1956, 35 e ss. G.MIELE, *La pianificazione urbanistica*, in La pianificazione urbanistica. Atti del VII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 1962, p. 35 e ss. Sul punto, P.URBANI, Urbanistica *ad vocem*, in Enc. Dir., 1990; Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, pp. 18 e ss).

sull'ordinamento degli enti locali), ovvero dell'accordo mediante il quale, più autorità possono coordinare le relative azioni e tempi di intervento, nella realizzazione di una comune opera pubblica.

In particolare, le amministrazioni, attraverso il suddetto strumento, possono altresì prevedere variazioni ai vigenti strumenti di pianificazione, ogniqualvolta ciò appaia funzionale alla miglior realizzazione dell'intervento preposto[245]. Seppur in via mediata, l'accordo di programma è quindi strumento idoneo ad incidere sul contenuto dell'ordinamento urbanistico, apportandovi qualsivoglia modifica ritenuta necessaria alla corretta esecuzione dell'opera convenuta.

Lo strumento in esame, in quanto mezzo di coordinamento negoziale fra autorità, è inoltre considerato, sul piano dogmatico, *species* del più ampio *genus* dell'accordo fra amministrazioni, di cui all'art. 15 della l. 241 del 1990, la cui disciplina appare dunque applicabile, salvo diversa disposizione[246].

Maggiori incertezze interpretative sussistono invece in relazione alla corretta perimetrazione della categoria dei rapporti cd. "verticali", a sua volta distinta, in quella degli accordi "a monte" e quella degli accordi "a valle".

Mediante i primi, l'amministrazione e il privato co-determinano direttamente il contenuto delle prescrizioni urbanistiche; attraverso i secondi le parti convengono, invece, le sole modalità attuative di disposizioni unilateralmente definite dall'autorità[247].

Se, da un lato, la dottrina e giurisprudenza hanno pacificamente riconosciuto l'ammissibilità astratta della categoria degli accordi "a valle", maggiori riserve sono

---

[245] L'incidenza dell'accordo sugli strumenti urbanistici è peraltro differente a seconda che l'autorità procedente sia il presidente della Regione, il presidente della Provincia o il sindaco. Nel primo caso, infatti, il decreto presidenziale produce direttamente gli effetti previsti dall'art. 81 d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, determinando ogni necessaria variazione sugli strumenti urbanistici vigenti. Nel secondo e terzo caso, invece, il decreto deve essere ratificato dal consiglio comunale entro trenta giorni, a pena di decadenza. Cfr. G.PAGLIARI, *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme,* in *Rivista giuridica dell'edilizia*, p. 33 e ss;

[246] Data l'ampiezza contenutistica della fattispecie si ritiene che l'art. 15 comprenda anche forme ulteriori di urbanistica consensuale "orizzontale" rispetto a quella dell'accordo di programma Si pensi, ad esempio, con riferimento alla prospettiva del piano regolatore intercomunale, alla possibilità per i comuni di definire mediante accordi i principi ovvero le linee programmatiche che saranno poi declinate nel piano medesimo. Cfr. G.PAGLIARI, *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme,* in Rivista giuridica dell'edilizia, p. 38.

[247] Cfr. P.URBANI, *Pianificare per accordi*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, n. 6., pp. 177-183.

emerse, al contrario, con riferimento a quella degli accordi "a monte", in relazione alla quale si è infatti nel tempo sviluppato un vivace dibattito interpretativo, ad oggi, invero, non del tutto sopito[248].

Secondo un primo orientamento, il quesito in ordine all'ammissibilità astratta degli "accordi a monte" non poteva che essere risolto negativamente.

In particolare, la presente tesi poggiava sulla risalente idea della non negoziabilità del potere di pianificazione urbanistica il cui esercizio non poteva quindi che avvenire secondo moduli autoritativi, riservati alla sola amministrazione[249].

Posto il presente assunto, in assenza di una contraria disposizione, non poteva che dunque inferirsi l'illiceità di qualsivoglia accordo avente ad oggetto la definizione delle regole di uso del suolo, ovvero, per l'effetto, l'inammissibilità stessa degli accordi sulle prescrizioni[250].

La bontà di tale tesi apparve peraltro suffragata dalla sopravvenuta legge n. 241 del 1990, la quale, infatti, pur avendo introdotto la fattispecie dell'accordo amministrativo, di cui all'art. 11, ne ha invero contestualmente escluso l'applicazione, con il successivo art. 13, *"... nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione"*[251].

L'orientamento descritto trovò peraltro seguito, per le medesime ragioni, nella stessa giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, la quale, infatti, tracciando una

---

[248] Cfr. P.URBANI, *Pianificare per accordi*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2005, n. 6, p. 178.
[249] Cfr. T.GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, op. cit., p. 3.
[250] Cfr. T.GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, op. cit., p. 3 e 13.
[251] Cfr. G.PAGLIARI, *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme,* in Rivista giuridica dell'edilizia, p. 39. In merito alla natura del piano regolatore generale è interessante notare come ad oggi sussistano tre differenti orientamenti interpretativi. Secondo il primo, valorizzando il carattere generale e astratto delle disposizioni in esso contenute, il piano regolatore generale, non sarebbe altro che un atto di natura regolamentare. Secondo altra tesi, invece, posta l'indeterminabilità a posteriori dei destinatari delle prescrizioni ivi contenute, il piano sarebbe da qualificare come atto amministrativo generale. Secondo da ultimo un'ulteriore prospettiva, la natura del piano andrebbe ricostruita in concreto, verificando quindi, di volta in volta, il carattere della singola prescrizione urbanistica in essa contenuta. Sicché posta la costante compresenza fra prescrizioni che in parte definiscono in via generale e astratta l'uso del territorio e in parte dettano concrete regole in ordine alla destinazione e definizione del medesimo, il piano regolatore generale non può che essere qualificato come atto dalla natura mista. Cfr. R.GAROFOLI-G.FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo,* op. cit., pp. 77-80.

netta linea di demarcazione fra gli accordi concernenti la definizione dell'assetto urbanistico del territorio e quelli relativi all'attuazione dello stesso, riconobbe esclusivamente, l'astratta configurabilità dei secondi, dei quali, invero, pacifica espressione era l'istituto della convenzione di lottizzazione[252].

L'inammissibilità della categoria degli accordi "a monte" non fu tuttavia di per sé idonea ad escluderne qualsivoglia riverbero giuridico.

Secondo la tesi in esame, infatti, le presenti ipotesi convenzionali potevano essere comunque intese come "proposta di futura convenzione" che l'autorità, nell'alveo della propria discrezionalità, avrebbe potuto attuare o meno[253].

In altri termini, secondo tale prospettiva, le trattative intercorrenti fra pubblico e privato, ancorché inidonee a produrre di per sé norme urbanistiche, potevano comunque essere impiegate, in sede procedimentale, al fine di valutare la concreta

---

[252] Cfr. G.PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2008, pp. 453 e ss. Il limite dell'art. 13 appare, secondo parte della dottrina, superabile valorizzando l'insieme delle disposizioni della l. 241 del 1990. Il riferimento, in particolare, è all'art. 29, il quale, consentirebbe alle Regioni di adottare discipline proprie del procedimento amministrativo, nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino previste dalla l. 241. Tale disposizione, infatti, letta alla luce dell'art. 117 Cost. ha indotto, parte della dottrina a ritenere l'art. 13 non costituente espressione di un principio vincolante per la potestà legislativa delle Regioni, le quali, conseguentemente, potrebbero dunque derogarvi. Tuttavia, seconda tale prospettiva, dalla legislazione statale, sia essa di settore che generale, non sarebbe ricavabile un principio generale idoneo a offrire copertura alla negoziabilità degli strumenti urbanistici generali. Tale conclusione non sarebbe invero neppure confutata dall'art. 11 il quale, infatti, ai fini della relativa applicazione, presuppone l'esistenza di un rapporto bilaterale intercorrente fra amministrazione e privato che, al contrario, non sarebbe possibile rinvnire nel caso di atti amministrativi generali. La soluzione poc'anzi descritta ha peraltro trovato seguito in alcune recenti posizioni della giurisprudenza, secondo la quale, "*In tal senso si deve leggere anche la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, che si è consolidata intorno al principio secondo cui "non trova riscontro nell'ordinamento" l'ipotesi di "una generale ed atipica potestà del Comune di dare vita a forme non tipizzate di urbanistica contrattata"; ordinamento che, al contrario, "individua esattamente ed univocamente ambiti e limiti entro i quali tali negoziazioni possono avere vita" (cfr. Cons. St.,, Sez. IV, 1 giugno 2011, n. 3331; in precedenza si veda anche Sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6685). Per cui, quando l'oggetto dell'accordo tra amministrazione e privato è rappresentato dall'esercizio di poteri amministrativi discrezionali finalizzati alla adozione di atti di pianificazione urbanistica generale (per quanto rileva nella fattispecie), non può che operare la preclusione posta dall'art. 13, comma 1, cit.*". (Cfr. T.a.r., Sardegna, Sez. II, sentenza del 18 gennaio 2017, n. 33). Sui rapporti fra legislazione statale e legislazione regionale in materia di governo del territorio cfr. P.STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico, manuale breve*, II ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 3-5; *I rapporti fra legislazione statale e legislazione regionale*, Rivista giuridica dell'Urbanistica, 2008, n. 4, pp. 402 e ss.; Cfr. G.PAGLIARI, *La materia del governo del territorio nella giurisprudenza costituzionale*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2014, pp. 315 e ss..

[253] Cfr. T.GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, op. cit., p. 14.

fattibilità degli interventi edilizi proposti, nonché la rispondenza degli stessi all'interesse pubblico[254].

L'orientamento descritto non ha tuttavia trovato seguito in altra tesi, la quale, infatti, superando le considerazioni prima indicate, ha spinto nel verso del riconoscimento dell'ammissibilità astratta degli accordi "sulle prescrizioni urbanistiche".

Punto di partenza del suddetto orientamento fu il superamento del risalente ed astratto "dogma" nella non negoziabilità del potere pubblico, frutto, invero, di una rigida impostazione interpretativa, che di fatto travisava la costante e coeva prassi[255].

Come, infatti, autorevolmente sostenuto dal Nigro *"solo il giurista, attraverso i suoi "occhiali" deformanti (occhiali che sono il prodotto di una ben precisa ideologia e di un noto metodo) riesce a vedere l'esercizio del potere pubblico come attività non dipendente da influenze esterne e, soprattutto non "negoziabile". Se c'è qualcosa che per natura sua, è elastico e trasformabile in relazione alle circostanze concrete, è invece proprio il potere. Il potere ha una sola qualità di quelle che consuetamente gli si prestano: è inesauribile e irrinunciabile. Ma ciò significa soltanto che ogni obbligo il quale comporti un vincolo per del potere è assunto sempre "rebus sic stantibus". Gli accordi intorno all'esercizio del potere sono possibili e validi dal punto di vista del diritto pubblico"*[256].

L'idea della negoziabilità del pubblico potere appare peraltro del tutto in linea con la sopravvenuta nozione di interesse pubblico, oggetto di tutela dell'attività amministrativa.

Coerentemente, infatti, con tale prospettiva, l'interesse pubblico è ad oggi concepito non già come realtà fissile, astrattamente indicata dalla norma legge, quanto invero come realtà dinamica, che nasce e si forma nel solco del procedimento istruito dalla pubblica autorità[257]. In altri termini, è il procedimento, e con esso il confronto fra la molteplicità di interessi incisi dal potere, che colma le maglie elastiche della norma di legge, dando per l'effetto, concreta forma al potere.

---

[254] Cfr. T.GALLETTO, *Le convenzioni urbanistiche*, op. cit., p. 362

[255] Per una compita analisi delle suddette tesi si rinvia ai Capitoli 1,2 e 3.

[256] Cfr. M.NIGRO, *Problemi generali*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti fra privati* (a cura di M.COSTANTINO), Milano, 1995, p. 45.

[257] M.NIGRO, *Lineamenti generali, in Manuale di diritto pubblico. Lezione dei pubblici poteri* (a cura di G.AMATO-A.BARBERA), Bologna, 1997, p. 10.

Nell'evoluzione della nozione del pubblico interesse, la legge sul procedimento muta forma e contenuto, divenendo, infatti, legge che individua, non già la gerarchia statica degli interessi perseguiti, quanto, invece, l'uso di strumenti, altresì di natura negoziale, idonei a realizzare, in concreto, la miglior sintesi degli stessi[258].

L'approccio realista poc'anzi descritto, trovò peraltro seguito, come visto, nella stessa legge sul procedimento amministrativo, la quale, infatti, attraverso il combinato disposto degli artt. 1, c. 1-*bis* e 11, ha elevato a principio generale dell'attività amministrativa l'idea della consensualità nell'esercizio delle funzioni pubbliche.

L'astratta potenzialità della sopravvenuta legge risultò, tuttavia, apparentemente temperata dal su indicato art. 13, il quale, infatti, sembrava estromettere l'applicazione della fattispecie dell'accordo amministrativo, proprio con riferimento a quel settore, l'urbanistica, tradizionalmente pervaso da forme consensuali di esercizio del potere.

L'apparente "cortocircuito" della legge sul procedimento fu tuttavia adeguatamente fugato dalla riflessione dottrinale e giurisprudenziale la quale quindi poté, infatti, trarre proprio dalla medesima legge argomenti a favore dell'ammissibilità astratta degli accordi sulle prescrizioni.

A dispetto della contraria opinione, l'art. 13 non costituirebbe un limite alla libera negoziabilità del potere quanto, più correttamente, una disposizione a favore della medesima.

Ciò in quanto, pur escludendo, da un lato, l'applicazione dell'istituto dell'accordo amministrativo alle ipotesi di atti normativi, atti amministrativi generali, atti di pianificazione e di programmazione, la norma farebbe comunque salve, dall'altro, "*le particolari norme che ne regolano la formazione".*

Da tale inciso conclusivo, parte della dottrina, ha quindi sostenuto che il Legislatore non abbia inteso immediatamente estendere i principi dell'ordinamento generale a quello particolare dell'urbanistica, quest'ultimo costituente ordinamento autonomo, retto dunque da regole e principi propri[259].

---

[258] Cfr. S.MORI, in *Rivsta giuridica dell'urbanistica*, n. 3/4, 2010, pp. 465-466.

[259] Cfr. S.CIVITARESE, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, op. cit., pp. 163 e

In base all'indicata disposizione, sarebbe quindi direttamente dalle particolari norme che costituiscono la disciplina urbanistica, che dovrebbe dunque inferirsi l'ammissibilità astratta delle convenzioni sulle prescrizioni ovvero l'ammissibilità astratta di convenzioni aventi ad oggetto la co-determinazione delle prescrizioni urbanistiche[260].

In particolare, tale verifica, secondo la presente prospettiva, sarebbe da risolversi positivamente posto che l'ordinamento urbanistico non solo confermerebbe la possibilità di pattuire le modalità attuative delle prescrizioni urbanistiche (si pensi ad esempio al caso delle convenzioni di lottizzazione) ma consentirebbe altresì di concertare il contenuto delle disposizioni medesime a monte[261].

Il caso è, ad esempio, quello dell'art. 25 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, il quale, infatti, consente l'approvazione di piani attuativi in variante dello strumento urbanistico generale, altresì su proposta del privato. In altri termini, per l'effetto della suddetta norma, si riconosce alla variante concertata dal privato e dall'amministrazione, l'attitudine a sortire un effetto modificativo del piano regolatore generale con ciò implicitamente confermando l'ammissibilità di accordi sulle prescrizioni[262].

Ne deriva dunque, come autorevolmente sostenuto dalla dottrina in esame, che l'apparente limite posto dall'art. 13 viene di fatto superato dall'analisi delle peculiari disposizioni della materia urbanistica che nel riconoscere la libera disponibilità della

---

ss.; P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 330. Secondo infine altra impostazione l'apparente limite prescritto dall'art. 13 non dovrebbe invero erroneamente essere letto come divieto. In altri termini, la norma si limiterebbe infatti a precisare come in relazione agli atti indicati l'amministrazione non è tenuta a garantire gli istituti ivi esclusi attribuendo infatti alla medesima una mera facoltà. Quanto detto non sarebbe neppure confutato dalla prassi ove sovente alcune amministrazioni, pur non essendo obbligate, nell'amministrazione di atti generali adottano proprio alcune di quelle garanzie procedimentali che, al pari dell'accordo, dovrebbero invero ritenersi applicabili ai soli procedimenti individuali. Cfr. A.TRAVI, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in Il Foro italiano, 2002. La presente soluzione non solo con l'opinione di chi ha sostenuto come la legge sul procedimento "aggiunge e non toglie garanzie" (cfr. G.MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, op. cit., p. 577).

[260] La disciplina urbanistica rappresenta una materia di competenza regionale, la cui definizione deve comunque avvenire nel rispetto dei principi desumibili dalla legge sul procedimento (art. 29), compresi dunque, quelli in materia di partecipazione, accordi e accesso agli atti. Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 331.

[261] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 332.

[262] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 332.

funzione urbanistica si legherebbe, secondo una relazione propriamente circolare, al principio della libera negoziabilità del potere pubblico embricato nella legge sul procedimento amministrativo[263].

Posta l'ammissibilità astratta di siffatte convenzioni, il baricentro della speculazione, ad esse correlato, si spostò quindi progressivamente sulla definizione delle modalità concrete di conclusione delle medesime, le quali, saranno più diffusamene illustrate nel prosieguo del lavoro[264].

---

[263] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 332.

[264] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 333. In altri termini, *"saltato il fosso della contrattualizzazione delle prescrizioni urbanistiche",* la dottrina si interrogò in merito all'individuazione di quelle garanzie procedimentali che l'autorità avrebbe dovuto rispettare in sede di conclusione delle convenzioni urbanistiche (Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Verso l'urbanistica consensuale*, in *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica* (a cura di P.URBANI e S.CIVITARESE-MATTEUCCI), Torino, 1995, p. 18). Due in particolare furono i profili oggetto di disamina. Il primo concerneva l'individuazione delle modalità di esercizio dell'azione amministrativa in forma consensuale, funzionali a garantire quei principi di imparzialità e buon andamento che presiedono l'esercizio delle funzioni pubbliche. Il secondo, invero speculare al primo, riguardava invece la definizione delle concrete modalità di selezione delle diverse forze sociali da coinvolgere, in qualità di parte contraente, nella cura concreta del pubblico interesse. Tale secondo aspetto concerneva, peraltro, il più ampio problema della legittimazione dell'azione dei pubblici poteri, resa sempre più ostica dall'evoluzione del rapporto fra legge e amministrazione. A fronte infatti di una legalità elastica, nonché di un interesse pubblico "ricavato" in concreto nel procedimento, la partecipazione del privato diviene quindi veicolo idoneo a dare base e giustificazione al pubblico potere. In un siffatto contesto l'*humus* dell'amministrazione dovrebbe essere rappresentato dalla cultura del diritto mite ovvero di un diritto fondato, non già sull'asserita primazia dell'interesse pubblico rispetto a quello privato, quanto invece sulla paziente ricerca di un ragionevole punto di equilibrio fra gli stessi. Solo in tal modo, infatti, rendendo l'apporto del privato influente sul contenuto della decisione a monte, sarebbe possibile far emergere i reali fattori propulsivi delle politiche pubbliche assicurandone la piena attuazione. Come quindi affermato in dottrina, volendo ricorrere ad una formula esemplificativa del fenomeno *"da un'urbanistica consensuale si passa ad un'urbanistica partecipata"* (Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, in *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica,* op. cit., p. 19.). Nella prassi, le amministrazioni, al fine di contenere i descritti rischi, hanno sovente predefinito, con determina, le invarianti del successivo accordo da concludere con i privati, di volta in volta selezionati. In una decisione assunta dal Comune di Padova (settore pianificazione urbanistica "negoziata-concertata", Criteri di valutazione aprile 2003), si affermava, ad esempio, che l'autorità, ai fini della verifica della convenienza dello scambio fra edificabilità e opere pubbliche, non doveva essere comunque inferiore al 60%. Tale *modus operandi* ha invero suscitato talune perplessità in dottrina posto che, così facendo, l'amministrazione si autovincolerebbe rispetto alla definizione di un dato sviluppo territoriale abdicando conseguentemente al proprio potere di pianificazione degli usi del territorio che invece richiederebbe, all'opposto, l'adozione di scelte casistiche, da apprezzare quindi, caso per caso. Cfr. P.URBANI, *Pianificare per accordi*, op. cit., p. 178; Cfr. P.URBANI, *Pianificare per accordi*, op. cit., p. 177-183. Tale soluzione appariva invero prossima a quella suggerita da parte della dottrina, la quale, infatti, per prevenire il più grave rischio di ipotesi di reato di stampo corruttivo, aveva sostenuto la necessità di ricorrere a procedure trasparenti nonché conformi al principio di concorrenza (Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 2, 2009, pp. 47-57).In particolare, coerentemente con tale posizione, lo strumento di pianificazione avrebbe dovuto

In conclusione, a valle delle pregresse considerazioni, è possibile affermare come allo stato, non esista alcuna riserva in merito alla possibilità dell'amministrazione e del privato di concertare il contenuto delle regole di pianificazione attraverso un accordo propedeutico all'emanazione dello strumento di piano.

A dispetto infatti del più risalente e contrario orientamento, tanto la valorizzazione di uno spiccato approccio realista quanto la stessa evoluzione dell'ordinamento giuridico spingono nel verso della piena ammissibilità di siffatta tipologia di accordo.

Così concisamente analizzato il fondamento giuridico dell'urbanistica consensuale occorre, da ultimo, soffermarsi sulle ragioni pratiche che ad oggi spingono sempre più nel verso di una "pianificazione per accordi" in luogo di una "pianificazione per provvedimenti".

A tal fine, necessaria sarà tuttavia un'attenta disamina degli strumenti di pianificazione del suolo, così come concepiti dalla Legge Urbanistica Fondamentale del 17 agosto 1942, n. 1150 (L.U.).

2. La pianificazione urbanistica nella legge 17 agosto 1942, n. 1150.

Nel precedente paragrafo si è definita la funzione urbanistica, come funzione tesa alla pianificazione degli usi e risorse del territorio, secondo modalità tali da garantire un'equa composizione degli interessi particolari e generali che insistono sul medesimo.

Tradizionalmente, sin dalle prime leggi sul risanamento dei centri urbani del 1865, tale funzione è stata esercitata attraverso un complesso sistema di pianificazione

---

determinare, già a monte, la possibilità di ricorrere ad accordi con i privati, fissando dunque le condizioni di trasformazione del territorio, nonché quelle di scambio fra opere pubbliche e private. A *plafond* minimi di trasformazione il piano avrebbe potuto altresì aggiungere premialità volumetriche da attribuire nel caso di realizzazione di opere di mecenatismo da parte del privato a sua volta selezionato a valle di una procedura competitiva (Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 2, 2009, pp. 47-57). La soluzione adombrata faceva quindi leva su un sapiente impiego di procedure competitive ed urbanistiche, le cui concrete applicazioni ed interazioni, ampiamente sperimentate a livello della legislazione regionale, saranno più diffusamente illustrate nel Capitolo quinto.

fondato su due distinti principi: da un lato, l'attitudine del sistema ad apporre limiti al contenuto della proprietà privata, in funzione dell'interesse generale; dall'altro, la riserva di siffatta potestà ai comuni, concepiti quindi come enti esponenziali rappresentativi del plesso di interessi embricati in un dato territorio[265].

Ambo i presenti principi sono direttamente desumibili dal sistema di pianificazione del territorio, delineato dalla Legge Urbanistica fondamentale del 17 agosto 1942, n. 1150, la quale individua, nel piano regolatore generale, il principale strumento di regolazione del suolo complessivamente inteso.

In particolare, il piano, nel definire le regole di uso del suolo, suddivide il medesimo in più zone omogenee (metodo dello *zooning*), sotto un profilo, quantitativo (minore o maggiore urbanizzazione), qualitativo (pregio storico, ambientale) o funzionale (destinazione agricola, industriale)[266].

A tale ripartizione, per ciascuna delle indicate aree, segue altresì l'indicazione degli spazi riservati ai fini della realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria o secondaria (i "vuoti"), nonché di quelli destinati ad edificazione (i "pieni")[267].

L'attuazione delle presenti regole, fissate in via generale dal piano regolatore, dunque concepito come *structural plan* o piano direttore, viene poi demandata, principalmente, a piani particolareggiati di iniziativa pubblica, attraverso i quali, l'amministrazione, provvede all'esproprio delle aree previamente indicate, nonché alla conseguente realizzazione delle connesse opere di urbanizzazione[268].

---

[265] La conformazione del contenuto della proprietà in funzione sociale trova il suo fondamento, a livello costituzionale, direttamente nell'art. 42, co. 2. In particolare, tale funzione può essere raggiunta secondo le modalità ritenute più opportune dall'autorità e quindi per mezzo della mera conformazione del contenuto della stessa ovvero mediante l'esproprio del bene per fini di utilità sociale. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale, alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici,* op.cit., pp. 21-24.

[266] Le origini della tecnica dello *zooning* vanno ricercate in quelle forme di pianificazione nate in Germania, verso la fine dell'ottocento. Originariamente essa nasce dall'esigenza di impedire la commistione di funzioni urbane eterogenee quali quella residenziale e quella industriale. Successivamente, tuttavia, la zoonizzazione si è prestata a due differenti letture: secondo la prima essa risponderebbe alla necessità di garantire uno sviluppo ordinato del territorio che tenga conto delle caratteristiche delle differenti aree in esso ricomprese; in base alla seconda, la zoonizzazione rappresenterebbe un formidabile strumento di formazione e consolidamento della rendita fondiaria ed edilizia. P.URBANI, *Urbanistica solidale, alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici,* op.cit., pp. 21-24

[267] P.URBANI, *Urbanistica solidale, alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici,* op.cit., pp. 26.

[268] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., p. 24.

Tanto l'adozione, quanto l'attuazione dei presenti piani sono quindi concepite, nel perimetro della l. n. 1150 del 1942, come attività proprie dell'autorità rispetto alla quale risulta invero del tutto ancillare il ruolo del privato.

La partecipazione del privato, destinatario delle previsioni del piano, è infatti ammessa, esclusivamente, in una fase successiva all'adozione del medesimo, attraverso la presentazione di osservazioni connesse alle scelte di urbanizzazione adottate dall'amministrazione[269]. Solo laddove tali osservazioni dovessero essere

[269] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., pp. 138-139. I risultati prodotti da questa forma di partecipazione non hanno invero mai convito del tutto. Il modulo descritto si è infatti risolto, nella prassi, a mezzo per consentire al privato di far valere un punto di vista egoistico, strettamente legato al singolo bene oggetto di pianificazione. D'altro canto, anche le stesse amministrazioni si sono sovente dimostrate restie all'uso del suddetto mezzo costituente comunque un canale idonei a catalizzare e concentrare esigenze altrimenti distanti dalle scelte di pianificazione. Sulla base di tali considerazioni non è mancato chi ha ritenuto tale partecipazione "equivoca" risolvendosi, infatti, la stessa in un inefficace strumento di tardiva tutela degli interessi particolari incisi dalla pianificazione (Cfr. L.COEN, *Semplificazione e procedimenti di pianificazione: la partecipazione al procedimento*, Rivista giuridica dell'urbanistica, 2012, pp. 390-391). Sulla scorta di tali premesse è stata quindi auspicata una complessiva riforma degli istituti partecipativi idonei a dare un giusto peso agli interessi particolari intestini nel territorio, nei processi di pianificazione. In particolare, tale riforma, dovrebbe poggiare su quattro differenti assunti fra di essi strettamente correlati, così riassumibili: a) la partecipazione deve svolgersi prima che siano adottate delle scelte strategiche; b) l'amministrazione procedente deve condurre le consultazioni in modo accorto e sapiente; c) l'informazione veicolata nel procedimento deve essere accessibile e completa; d) le consultazioni devono svilupparsi in ambiti circoscritti; e) devono essere fissati termini specifici che possano conferire certezza al procedimento (Cfr. L.COEN, *Semplificazione e procedimenti di pianificazione: la partecipazione al procedimento*, Rivista giuridica dell'urbanistica, 2012, pp. 402-407). Sul punto, è peraltro interessante notare come le criticità riscontrare nell'ordinamento interno siano presenti altresì in esperienze estere, come quella britannica, abbiano da tempo sperimentato forme più mature di partecipazione aventi, nel tempo destato altresì la curiosità della dottrina italiana. Nella storia dell'ordinamento britannico, la partecipazione ai procedimenti di pianificazione è tradizionalmente realizzata mediante il sistema del *public inquiry* regolato a partire dal *Town and County Planning Act* del 1947. In estrema sintesi, per quanto concerne gli atti di pianificazione, il sistema inglese prevede lo svolgimento di un'inchiesta, aperta alla collettività, svolta da un ispettore. In particolare, nel corso dell'inchiesta è prevista l'audizione di testimoni, anche mediante forme di *cross examination.* Il contenuto del procedimento varia a seconda dell'importanza delle informazioni di volta in volta acquisite. In alcuni casi, per le questioni di particolare pregnanza è possibile costituire apposite "tavole rotonde" di approfondimento; in altri, invece, è possibile istituire incontri informali di analisi. In ogni caso, a valle dell'inchiesta l'ispettore è tenuto alla redazione di un report dal quale l'autorità procedente dovrà tener conto (senza essere obbligata a darvi seguito) in sede di pianificazione. Il sistema di inchiesta così descritto presentò, tuttavia, nel tempo, un insieme di punti deboli tale da indurre il Legislatore inglese ad un suo complessivo ripensamento. A partire dagli anni settanta, in relazione agli *structure plans,* ovvero ai piani regionali deputati a fissare linee generali da recepire negli strumenti di pianificazione locali, viene infatti introdotto il modello dell'*examination in public* ovvero di un esame pubblico a cui il progetto di piano è sottoposto. Rispetto al modello dell'inchiesta, quello dell'*examination* si caratterizza per una maggiore rigidità nonché per uno spiccato ruolo del commissario chiamato ad istruire il procedimento di consultazione. In particolare, proprio tale commissario è la figura deputata a selezionare gli interessi legittimati ad interloquire nel procedimento tradizionalmente individuati in una platea ristretta di

accolte, il Comune sarà tenuto a rinnovare il procedimento di formazione del piano, ripartendo dunque dalla relativa adozione, deposito, pubblicazione nonché presentazione delle osservazioni[270].

---

soggetti titolari di interessi particolarmente qualificati. Nel sistema dell'*examination* le istanze di contraddittorio e partecipazione proprie di quello dell'inchiesta vengono quindi piegate a favore della "macchina amministrativa" ovvero delle esigenze di celerità e semplificazione ad essa annesse. Il modello dell'*examination in public* ha funto peraltro da archetipo per le forme di partecipazione ai procedimenti di panificazione delineati con l'approvazione, nel 2004, del *Planning and Compulsory purchase act (PCPA).* (Cfr. A.SIMONATI, *La partecipazione dei privati alla pianificazione urbanistica l'idea dell'inchiesta e le suggestioni provenienti dai sistemi europei*, Rivista giuridica dell'urbanistica, 2012, pp. 323-328). L'esperienza inglese, concisamente descritta, si distingue, a sua volta, da quella francese, nella quale rilevano le distinte forme di partecipazione del privato, ai procedimenti di pianificazione, dell'*enquete publique* e della *zone d'amenagement concertè.* La prima rappresenta una forma classica di inchiesta ovvero un procedimento funzionale all'acquisizione di contributi, da parte dei soggetti destinatari della pianificazione, dei quali, l'amministrazione dovrà tener conto in sede di adozione della decisione. La seconda, invece, costituisce una soluzione negoziale, conclusa a valle di una determinazione pubblicistica dell'amministrazione, per mezzo della quale, il privato si impegna a realizzare un'opera di interesse collettivo. Con riferimento ad ambo gli istituti particolarmente copiosa appare allo stato la riflessione e contributo della giurisprudenza. In relazione al caso dell'*enquete publique* la giurisprudenza ha sovente tutelato le garanzie procedimentali previste nell'interesse del privato, censurando, conseguentemente, qualsivoglia violazione formale idonea a comprometterne il corretto svolgimento. Tale scrutinio è stato peraltro condotto secondo un approccio sostanziale, ovvero verificando se la mancata partecipazione del privato avesse o meno influito sulla corretta definizione del procedimento. Diverso approccio appare invero seguito con riferimento all'ipotesi della *zone d'amenagement.* In tal caso, infatti, la tendenza dei giudici amministrativi è quella di valorizzare le componenti pubblicistiche della fattispecie, a scapito di quelle negoziali, al fine di meglio tutelare le esigenze della collettività. Conseguentemente, da un lato, si riconosce un ampio potere di *ius variandi* della convenzione in capo all'amministrazione; dall'altro, l'invalidità dei provvedimenti pubblicistici presupposti viene spesso a tradursi nell'invalidità della convenzione a valle la cui efficacia può tuttavia talora essere preservata laddove ciò appaia in linea con l'interesse collettivo. Cfr. A.SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella giurisprudenza amministrativa francese: enquete publiche e Z.A.C.*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2014, pp. 84 e ss.

[270] In relazione alla modifica da parte del Comune del progetto di piano adottato, è invero risultato sovente ostico comprendere quando tali modifiche fossero frutto dell'accoglimento delle osservazioni del privato ovvero quando le stesse fossero frutto della volontà dell'amministrazione di "riappropriarsi" del p.r.g. modificandone i contenuti. Assai di rado, infatti, i Comuni hanno in modo univoco espresso la volontà di accogliere le osservazioni del privato al fine proprio di impedire la formale riadozione del piano. Sul punto, è stato osservato come laddove l'amministrazione riscontri osservazioni che implicano un'impostazione del tutto nuova del piano, è agevole intuire come sussista comunque un'implicita volontà di adozione *ex novo* del medesimo tale da imporre una riedizione del procedimento. Secondo tale prospettiva, non sarebbe quindi la forma della modifica adottata quanto la sostanza e il contenuto della medesima a fungere da parametro cui far riferimento ai fini della rinnovazione o meno della procedura. A dispetto di quanto detto è comunque interessante notare come la giurisprudenza, al fine di favorire esigenze di celerità del procedimento, abbia in genere ritenuto non necessaria la rinnovazione del procedimento, anche nell'ipotesi di modifica sostanziale del contenuto del piano adottato, sulla base della considerazione per cui l'accoglimento delle osservazioni non darebbe inizio ad una nuova procedura bensì costituirebbe fase di un procedimento unico che si conclude con l'approvazione del piano. Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., pp. 138-139.

Il sistema di pianificazione così concepito dimostrò tuttavia, sin da subito, un insieme di criticità idonee a comprometterne la piena attuazione e che indussero, conseguentemente, a un ripensamento complessivo del sistema medesimo[271].
In estrema sintesi, le maggiori problematiche connesse alla realizzazione del contenuto del piano, sono state individuate, in dottrina, nei seguenti fattori: fisiologica rigidità strutturale dello strumento di pianificazione; intrinseca discriminatorietà delle previsioni del piano; crisi finanziaria delle amministrazioni locali; il nodo dei vincoli urbanistici[272].

La rigidità del piano regolatore.

La fisiologica rigidità del piano regolatore nasce dalla "presunzione" del medesimo di definire, in modo statico, le invarianti dello sviluppo urbanistico del territorio, sulla base di una mera considerazione dei possibili sviluppi, socio-economici, del territorio medesimo[273].
Ancorché, infatti, tale assunto poteva agevolmente giustificarsi in un tempo caratterizzato da un ridotto sviluppo economico e quindi una scarsa esigenza di urbanizzazione, esso tuttavia si dimostrò ben presto del tutto inadeguato rispetto ad una sopravvenuta realtà, come quella attuale, caratterizzata da forte complessità e dinamismo.
A fronte invero di una così spiccata mutevolezza degli interessi embricati nel territorio, il piano regolatore, nella sua intrinseca miopia, è sovente nato come

[271] Cfr. P.STELLA RICHTER, *La fine del piano e del suo mito*, Rivista giuridica dell'Urbanistica, 2017, pp. 432 e ss. L'Autore evidenzia il fallimento del piano regolatore come strumento di pianificazione del territorio. In particolare, tale conclusione sarebbe dipesa dall'aver erroneamente concepito il piano come strumento di regolazione del suolo, sia con riferimento ai suoi usi sia in relazione alle sue possibili trasformazioni. Proprio questa aspirazione si sarebbe nel tempo rivelata poco più che un'utopia complice, infatti, l'emersione di una molteplicità di interessi espressione del territorio, difficilmente catalizzabile in uno strumento di regolazione unico quale il piano.
[272] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 22 e ss.; Il piano regolatore generale sconta inoltre un forte deficit di democraticità. La redazione del presente strumento è infatti affidata a professionisti invero privi di ogni forma di legittimazione democratica. Le decisioni di fondo in merito allo sviluppo del territorio non dipendono quindi né dai cittadini né tanto meno dai loro rappresentanti i quali, nella prassi, si trovano a discutere un progetto compiutamente definito da professionisti. Cfr. P.STELLA RICHTER, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, op. cit., p. 84.
[273] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 23 e ss.

strumento "vecchio", del tutto incapace di dare adeguato sfogo ai diversi interessi correlati all'urbanizzazione e allo sviluppo del territorio che ne costituisce oggetto[274].

Complice quindi una scarsa capacità di programmazione delle amministrazioni, gli strumenti di pianificazione non furono sempre in grado di proporre un'offerta urbanistica logica e coerente con le esigenze proprie del territorio, idonea quindi a stimolare un procedimento "dal basso" che ne assicurasse la piena attuazione[275].

La discriminatorietà delle norme del piano.

La seconda criticità degli strumenti di pianificazione fu invece rappresentata dalla intrinseca discriminatorietà delle previsioni in essi contenuta[276].

Nella definizione delle modalità di uso del territorio l'autorità comunale è infatti tradizionalmente munita di un'amplissima discrezionalità che ha sovente determinato l'adozione di soluzioni discriminatorie per i privati interessati dalle medesime[277]. In particolare, tale discriminatorietà risulta di sé evidente nell'ipotesi

---

[274] Le ragioni della profonda distanza fra esigenze della pianificazione e forme di pianificazione è infatti derivata proprio dalla scarsa capacità di uno strumento rigido come il piano di prevedere con esattezza le forme di sviluppo del territorio assicurando quindi un quadro di razionale impiego dello stesso. è a fronte quindi di tale limite, che, non a caso, il piano è stato da taluno definito "uno strumento stupido". Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 24.

[275] Un ulteriore limite alla piena esplicazione della funzione di pianificazione del piano è altresì ravvisato nella tipologia di territorio che ne costituisce oggetto. Coerentemente infatti con quanto affermato in dottrina la funzione di pianificazione traduce pienamente i propri effetti solo con riferimento al territorio non edificato. Al contrario, nel caso di territorio già trasformato, il piano si limita a fotografare una realtà esistente, precedente al piano e dallo stesso non condizionato. In tale ultimo caso, quindi, i problemi non sono quelli propri della conformazione bensì piuttosto quelli della tutela del patrimonio, del recupero delle zone degradate, della dotazione dei doverosi servizi, la cui soddisfazione non può che transitare attraverso atti diversi dal piano. In altri termini, come autorevolmente sostenuto, *"Il "progetto città" è cosa troppo complessa per essere realizzato con uno strumento statico e monofunzionale quale è il piano regolatore, perché – per usare una felice espressione di Beguinot – la città non è solo il luogo dell'abitare, ma è l'abitare stesso"*. Cfr. P.STELLA RICHTER, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, op. cit., p. 84.

[276] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 27 e ss.

[277] A fronte infatti dell'ampio spettro della presente discrezionalità non è mancato chi, facendo leva sulla riserva legge in materia di proprietà di cui all'art. 42 Cost., ha sostenuto l'esigenza di dettare precisi limiti al contenuto del potere di conformazione pubblico della proprietà Cfr. P.STELLA RICHTER, *Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà*, relazione al convegno AIDU, Il diritto urbanistico in 50 di giurisprudenza della Corte Costituzionale, Napoli, 12 maggio 2006, dattiloscritto. La diversità dei modi di godimento dei beni oggetto di proprietà legata alle varie classificazioni, di volta in volta definita dalle scelte di pianificazione, non risulta invero contraria a canoni costituzionali rilevanti. Ciò in quanto ogni proprietario gode del bene nei limiti della

in cui suoli dalle condizioni geomorfologiche identiche vengono destinati a funzioni urbanistiche eterogenee[278].

Pur nel pregevole intento, di realizzare il più razionale uso del territorio, l'autorità comunale ha, infatti, segnato in modo ineluttabile e talvolta non ragionevole, il destino delle aree ricomprese nel relativo territorio, decretando, per l'effetto, un differente riverbero economico delle diverse aree regolate a seconda della destinazione urbanistica impressa.

In altri termini, è un mero "*tratto di pennarello*[279]" che indica le aree edificabili a fini privati, quelle destinate alla realizzazione dei servizi pubblici ovvero quelle interdette da ogni possibile forma di edificabilità.

Per le prime il pennarello determinerebbe dunque l'effetto di incrementare in modo significativo il valore della proprietà nonché le relative potenzialità di sfruttamento. Per le seconde verrebbe invece annientato ogni possibile sviluppo edificatorio nonché, di conseguenza, ogni aspetto remunerativo deducibile dalla circolazione del diritto domenicale.

Nel quadro della l. 1150 del 1942 il valore dei suoli nonché la concreta misura del relativo impiego era quindi pervicacemente connesso alla fisiologica "alea" del potere, il quale, in funzione di un pubblico interesse, dall'astratto perimetro e contenuto, poteva dunque, nell'attribuzione delle singole destinazioni urbanistiche,

---

destinazione ad esso impressa dalla norma di legge, la quale, già in sede di codice civile, individua, a monte, differenti categorie di beni nonché, per l'effetto differenti modalità di godimento degli stessi. Né tantomeno criticità potrebbero emergere a cagione del differente peso economico dei beni urbanizzati, posto che, il vantaggio o il sacrificio derivante dalle scelte di pianificazione sarebbe comunque compensato dal sistema di prelievo fiscale. Un problema di disparità di trattamento viene quindi a porsi, come evidenziato nel presente paragrafo, nell'ambito di zone omogenee di pianificazione. In tale ipotesi, infatti, l'impossibilità di estendere òa destinazione edificatoria estendersi a tutte le aree reca un'intrinseca discriminatoritetà che, contestualmente, premia e sacrifica le proprietà, in evidente lesione, non già dell'art. 42 Cost. bensì del principio di uguaglianza di cui all'art. 3. In tal caso, il problema della disparità di trattamento andrebbe risolto in sede di pianificazione attuativa attraverso quindi meccanismi che consentano a tutti i proprietari di godere dell'edificabilità in rapporto al bene di cui sono titolari a prescindere dall'edificabilità concreta dell'area di interesse (sulle misure perequative vedi *infra*). Cfr. V.CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in Politiche urbanistiche e gestione del territorio, tra esigenze del mercato e coesione sociale, Giappichelli, Torino, 2015, p. 35-39.

[278] Per il problema della rendita urbana cfr. nota n. 193.

[279] Questa celebre espressione si deve all'allora Presidente della Corte Costituzionale A.M. Sandulli che intervistato ad *Astrolabio* il 7 luglio 1968, afferma che la pianificazione fa dipendere "*dal (più o meno capriccioso e compiacente) tratto di penna o di pennarello, se il suolo Y, di proprietà di X, debba essere esaltato al valore di miliardi oppure debba essere azzerato"*.

incidere irreversibilmente sugli interessi e pretese dei titolari delle aree oggetto di pianificazione.

Il nodo delle risorse finanziarie.

La terza problematica connessa all'attuazione del piano regolatore è da ultimo rappresentata dalla patologica carenza di risorse finanziarie delle amministrazioni, i cui effetti furono peraltro acuiti, dalla sopravvenuta giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, emersa in tema di vincoli urbanistici.

Come evidenziato in precedenza, il contenuto generale del piano regolatore avrebbe dovuto essere attuato mediante piani particolareggiati, ad iniziativa pubblica, attraverso i quali, infatti, l'amministrazione procedeva all'esproprio di aree destinate ad uso pubblico, realizzandovi, contestualmente, le connesse opere di urbanizzazione.

In particolare, nell'individuare le presenti aree, il piano regolatore apponeva a monte un vincolo di rinvio, implicante inedificabilità assoluta della singola area che ne costituiva oggetto, la cui esecuzione era quindi demandata alla pianificazione attuativa[280].

L'adozione dei piani particolareggiati e dunque la connessa attuazione fu tuttavia di fatto impedita, da un lato, dall'indicata carenza di risorse finanziarie, mentre, dall'altro, dal timore "politico" di perdere, per l'effetto di piani non sempre in linea con gli interessi particolari incisi, consenso e legittimazione[281].

A causa dunque del combinato disposto dei fattori descritti veniva quindi ad imporsi nella prassi una patologica paralisi dell'attuazione degli strumenti di piano, nonché, conseguentemente, dello sviluppo urbanistico delle aree che ne costituivano oggetto.

Gli effetti poc'anzi descritti risultarono peraltro gravemente acuiti dalla sopravvenuta giurisprudenza costituzionale emersa tanto in tema di vincoli quanto in materia di indennità di esproprio.

---

[280] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 273.
[281] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 24-25.

Originariamente, le disposizioni della l. n. 1150 del 1942 (artt. 7, co. 2, 3 4 e 40) non prevedevano alcuna durata di efficacia dei vincoli di rinvio, sicché, complice l'inerzia delle amministrazioni, attraverso il piano regolatore venivano di fatto posti vincoli implicanti inedificabilità, a tempo indeterminato[282].

Per l'effetto della suddetta prassi, i privati destinatari dei vincoli erano quindi, non solo, interdetti da qualsivoglia forma di sfruttamento edilizio dell'area, ma erano altresì esautorati della misura reintegrativa dell'indennizzo, attribuita solo in presenza della formale definizione di una procedura di esproprio.

La patologia descritta venne quindi "corretta" dalla teorica dell'espropriazione *"larvata"* o *"sostanziale"* elaborata dalla Corte Costituzionale, con la sentenza del 29 maggio 1968, n. 53, che da allora costituisce, un punto di riferimento dell'intera disciplina urbanistica[283].

In particolare, il Giudice delle leggi, individuando nell'edificabilità il contenuto minimo del diritto di proprietà, sostenne che qualsivoglia vincolo, comunque denominato, che avesse determinato una compressione della suddetta facoltà non poteva che dar luogo ad una procedura di esproprio. Tale effetto, tuttavia, veniva in essere, solo laddove il vincolo avesse avuto ad oggetto un singolo bene, sicché, conseguentemente, vincoli implicanti inedificabilità, aventi ad oggetto categorie omogenee di beni, erano invece concepiti come espressione di mera potestà conformativa, dunque, non indennizzabile[284].

---

[282] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 273.

[283] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 274; Dalla lettura comparta delle sentenze è, infatti, possibile desumere che la Corte Costituzionale ha inteso distinguere tra vincoli connaturati alle caratteristiche del bene (conformativi o morfologici) e vincoli cd. "artificiali" ovvero imposti in via provvedimentale a prescindere da caratteristiche proprie del bene. I primi, mirano a preservare il valore in sé del bene vincolato, non risultando quindi in alcun modo compressivi del diritto di proprietà; i secondi, invece, pur essendo parimenti preposti al perseguimento di un pubblico interesse incidono al contrario sul diritto di proprietà poiché lo vincolano per ragioni estranee alle relative qualità. E' per tale ragione, dunque, ovvero per l'obiettiva eterogeneità dei vincoli considerati, che, secondo il Giudice delle leggi, è solo con riferimento alla seconda delle categorie indicate, si impone il problema della tutela costituzionale del diritto di proprietà. Cfr. G.PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2009, pp. 596-597.

[284] Tali ultimi vincoli vanno infatti ricondotti nel perimetro della potestà conformativa del territorio trattandosi infatti di limiti connaturati alla proprietà derivanti dalla disciplina urbanistica. Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., pp. 274-276; per un'ampia disamina del problema cfr. Cfr. V.CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, op. cit., pp. 11 e ss..

Per l'effetto della presente posizione, la Corte Costituzionale, con la pronuncia indicata, dichiarò quindi l'illegittimità costituzionale degli artt. 7, co. 2, 3 e 4, nonché 40, nella parte in cui non prevedevano alcun indennizzo, in caso di limitazioni apposte, *sine die*, nei confronti di diritti reali.

Il vuoto normativo determinato dal descritto intervento, fu dunque corretto dal Legislatore solo, con l. del 19 novembre 1968, n. 1187, il cui art. 2 (ad oggi parzialmente confluito nell'art. 9 del T.U. edilizia, d.p.r. 20 ottobre 2001, n. 380) stabiliva che i vincoli preordinati all'esproprio ovvero vincoli implicanti inedificabilità su singoli beni posti in essere dal piano regolatore, *"perdono efficacia qualora entro cinque anni dalla data di approvazione dei piano (regolatore) non siano stati approvati i relativi piani particolareggiati"*[285].

Mediante il presente intervento, ovvero mediante l'introduzione della necessaria temporaneità del vincolo, veniva quindi individuato un ragionevole compromesso fra le esigenze della collettività ad esso sottese e le esigenze del titolare del bene destinatario del vincolo.

La garanzia procedimentale introdotta dal Legislatore fu tuttavia sovente elusa dalla successiva prassi amministrativa, la quale, infatti, attraverso la continua reiterazione dei vincoli, andò di fatto a riprodurre quel *vulnus* al diritto di proprietà, stigmatizzato dal Giudice delle leggi, con sentenza n. 55 del 1968.

L'emersione di tale prassi sollecitò dunque un nuovo intervento della giurisprudenza funzionale a garantire un'adeguata tutela dell'interesse del privato dalla medesima inciso.

Da un lato, la giurisprudenza amministrativa impose quindi la garanzia procedimentale dell'obbligo motivazione, per mezzo del quale, l'amministrazione avrebbe dovuto dunque esplicitare, le ragioni di pubblico interesse sottese alla reiterazione del vincolo scaduto[286]; dall'altro, invece, la giurisprudenza

---

[285] Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., pp. 275.

[286] La reiterabilità del vincolo di inedificabilità assoluta costituì un problema a lungo dibattuto in giurisprudenza. La stessa Corte Costituzionale, con sentenza del 27 aprile 1982, n. 92 affermò la competenza del legislatore ordinario di disciplinare la materia nel rispetto dei principi in materia di vincoli. E' su tali premesse, che è emerso quindi l'orientamento descritto della necessaria motivazione del provvedimento ovvero della necessaria indicazione della persistenza delle ragioni di pubblico interesse idonee a giustificare il vincolo, nonché l'insostituibilità della scelta per la

costituzionale ancorò la reiterazione del vincolo al pagamento di un congruo indennizzo che riconoscesse adeguato ristoro per la perdita di valore arrecata al bene, dalla condotta della pubblica autorità[287].

Le conseguenze derivanti dal considerevole ampliamento dell'ambito applicativo dell'espropriazione per pubblica utilità, furono peraltro altresì acuite dalla parallela e sopravvenuta giurisprudenza sovranazionale, la quale, infatti, sovvertendo il pregresso e consolidato sistema interno, ridefinì i criteri di computo dell'indennizzo applicabile alla procedura espropriativa.

A valle, infatti, di un vivace scontro dialogico fra Corte Costituzionale e Corte di Strasburgo, l'indennità di esproprio venne progressivamente rapportata al valore

---

mancanza di soluzioni alternative. In merito alla suddetta problematica si è peraltro distinto, nella prassi, fra il caso della variazione parziale, ovvero della variazione esclusivamente finalizzata alla reiterazione del vincolo, e quella della variazione generale, con la quale, tra l'altro, viene altresì reimposto il vincolo decaduto. In particolare, in tal caso, non è stata richiesta una motivazione puntuale della scelta essendo infatti la relativa legittimità connessa alle scelte compiute con il provvedimento di variante generale dell'assetto urbanistico. Tale soluzione appariva invero conferente a quella adottata in tema di reiterazione del vincolo mediante nuovo piano regolatore, in relazione al quale, parimenti, si riteneva che l'attualità del vincolo fosse desumibile dalla sua contestualizzazione nel nuovo strumento di pianificazione. Cfr. G.PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2009, pp. 601-602.

[287] La Corte Costituzionale, invero, affrontando per la prima volta la questione, con sentenza del 22 dicembre 1989 n. 575, propese nel verso dell'infondatezza della questione, con motivazione a tratti perplessa. Secondo il Giudice delle leggi, infatti, la reiterazione del vincolo non disatteso la tutela costituzionale del diritto di proprietà ogniqualvolta non avesse eluso il principio di incomprimibilità assoluta del diritto di proprietà nonché quello dell'obbligatorietà dell'indennizzo. La perplessità della soluzione era agevolmente desumibile nella parte in cui, difficilmente poteva escludersi che la reiterazione del vincolo non comportasse, di per sé, una compressione senza termine della proprietà privata. Conseguentemente, si ritenne che con la sentenza la Corte avesse inteso lasciare al legislatore la possibilità di porre rimedio alla questione senza quindi creare, con una pronuncia di illegittimità, una *"vacatio legis"*. In altri termini, secondo parte della dottrina, si sarebbe trattata di una pronuncia di indirizzo, contenente una raccomandazione rivolta al Legislatore. Il monito del Giudice delle leggi rimase, tuttavia, a lungo evaso tanto da indurre l'Adunanza Plenaria, con l'ordinanza 25 settembre 1996, n. 20 a riproporre nuovamente la questione di illegittimità costituzionale della reiterazione del vincolo preordinato all'esproprio. La questione fu in tal caso accolta, spingendo quindi la Corte Costituzionale, con sentenza 20 maggio 1999, n. 179, a dichiarare l'illegittimità degli artt 7, nn. 2, 3 e 4 e 40 della l. 17 agosto 1942, n. 1150 e 2, c. 1, della l. 19 novembre 1968, n. 1187, nella parte in cui consente all'amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'esproprio e che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di un indennizzo (Cfr. G.PAGLIARI, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, op. cit., pp. 602-604) La sentenza della Corte Costituzionale del 16 maggio 1994, n. 179, trovò seguito con l'art. 39 del T.U. espropriazioni, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, in base al quale, veniva stabilito che, in attesa di un'organica risistemazione della materia, nell'ipotesi di reiterazione del vincolo di esproprio o di vincolo sostanzialmente espropriativo, era dovuta un'indennità al privato commisurata al pregiudizio subito. Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, op. cit., pp. 283-287.

venale del bene medesimo, rendendo quindi ulteriormente onerosi l'espletamento nonché la definizione della procedura ablatoria in esame[288].

Per l'effetto del combinato disposto della giurisprudenza, tanto nazionale quanto sovranazionale, venne quindi a delinearsi un chiaro limite al pieno sviluppo del territorio urbano, la cui concreta realizzazione risultava di fatto pervicacemente

---

[288] In tema di espropriazione, l'art. 39 della L. 25 giugno 1865, n. 2359, specificava che l'indennità dovuta ad esito del procedimento ablatorio consisteva "*nel giusto prezzo che, a giudizio dei periti, avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compra vendita.*" La norma, frutto di un'impostazione squisitamente liberista cui la legge stessa è figlia, ancorava la misura dell'indennizzo al valore di mercato dell'immobile. Tale previsione non poteva che essere quindi coerente con le indicazioni derivanti dall'art. 29 dello Statuto Albertino e l'art. 438 del codice civile del 1865, in rapporto ai quali la dottrina coeva aveva guardato all'espropriazione non come un meccanismo idoneo a cagionare una sottrazione di diritti, quanto un fenomeno giuridico di conversione. La pubblica utilità si risolveva quindi in una mera giustificazione causale che veniva ad innestarsi in una dinamica puramente contrattuale. Un primo temperamento di tale principio, si ebbe verso la fine del XIX secolo, in occasione della Legge sul "risanamento della città di Napoli" con la quale per facilitare l'alta mole di espropri veniva determinato l'indennizzo sulla base di criteri fissati in via preventiva in sede normativa. Le nuove istanze sociali, dedotte dalla Carta Fondamentale del 1948, diedero poi adito ad un insieme di norme con la quali si ancorava il *quantum* dell'esproprio a parametri fissati preventivamente per legge, allontanandosi sempre più dalla misura rappresentata valore venale dell'immobile espropriato. Prescrizioni queste, che non considerando la reale "vocazione edificatoria" delle aree nonché l'equo ristoro costituzionalmente garantito in sede di procedimenti ablatori, non poterono che essere vittime delle scure del Giudice delle Leggi. Una soluzione di compromesso si ebbe con il d.l. 11 luglio 1992 n. 333, poi convertito nella L. 8 agosto del 1992, il quale determinava il valore dell'indennizzo come risultato della divisione per due meno il quaranta per cento, della somma del valore venale del bene più il reddito domenicale netto rivalutato periodicamente sulla base di indici normativi. Al di là dei profili legati al raccordo previsto dell'indennizzo alle "possibilità effettive e legali di edificazione esistenti al momento dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio" la Corte Costituzionale, con la sentenza n 223/1993, ritenne legittima la detta misura, che ancorché riconoscesse un indennizzo in misura minore al reale valore del bene, appariva tuttavia legittima in ragione del periodo di crisi finanziaria in cui versava al tempo il Paese. Tale giustificazione non poteva ad ogni modo reggere a lungo anche a seguito della modifica dell'art. 117 della Costituzione avente riconosciuto il dovere di Stato e Regione di esercitare la relativa potestà normativa in conformità ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, compresi quindi le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Tale Corte facendo perno sull'idea del diritto di proprietà come diritto fondamentale dell'uomo aveva infatti più volte condannato l'Italia in merito i criteri di determinazione dell'indennizzo nell'esproprio che non tenevano conto del relativo valore venale del bene. Dato il quadro normativo qui delineato con la sentenza n 348/2007 la Corte Costituzionale non poté che modificare il proprio indirizzo interpretativo e condividendo l'orientamento della Corte europea censurò la scelta del Legislatore, sostenendo che i beni oggetto di esproprio non potevano che essere indennizzati al relativo valore di mercato. Recependo quindi le indicazioni pretorie, la legge finanziaria per il 2008 (L. 244/2007) ha quindi in ultimo previsto all'art. 2, co. ottantanovesimo-novantesimo che l'indennità di espropriazione sia collegata al valore venale del bene salvo che essa afferisca a programmi di riforma economico-sociale, nel qual caso potrà essere ridotta del 25%. Cfr. E.BOSCOLO, *Espropriazione: la giurisprudenza della CEDU e l'urbanistica regionale tra perequazione, compensazione e premialità*, in Foro Amministrativo Tar, fasc. 4, 2005, pp. 1331 e ss.; P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti,* op. cit. pp. 291-294.

compromessa da quella patologica carenza delle risorse finanziarie di cui, sovente, le amministrazioni erano vittima.

3. La flessibilità del piano: strumenti normativi a confronto.

Nei precedenti paragrafi, sono state illustrate le principali criticità del sistema di pianificazione del suolo, delineato dalla l. n. 1150 del 1942.

In particolare, il combinato disposto dei fattori descritti determinò la paralisi dell'attività di regolazione del suolo, della quale si invocò, ben presto, una radicale modifica.

Il "fallimento" del piano risultò evidente alla luce della prassi, amministrativa e giurisprudenziale, formatasi nella prima metà del XX secolo.

A fronte, infatti, della mancata adozione di strumenti attuativi, la definizione dello sviluppo urbanistico del territorio fu sovente assicurata per mezzo dei più duttili piani di lottizzazione ad iniziativa privata, per mezzo dei quali si garantiva l'apprensione al patrimonio pubblico delle opere di urbanizzazione, direttamente realizzate dai privati[289].

Quale ulteriore reazione all'inerzia descritta, verso la fine degli anni cinquanta, maturò inoltre in giurisprudenza la consapevolezza per cui il piano regolatore generale poteva di per sé esaurire, in molte zone, la disciplina urbanistica, dettando, quindi, prescrizioni direttamente conformative della proprietà[290]. In altri termini, emergeva dunque, nel formante pretorio, l'idea per cui il piano regolatore conterrebbe, non solo, prescrizioni conformative del territorio, ovvero prescrizioni la cui attuazione esige un ulteriore atto applicativo, quanto anche prescrizioni conformative della proprietà, intendendosi per esse, prescrizioni che direttamente definiscono il contenuto della singola proprietà, specificandone le regole d'uso[291].

---

[289] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 25.
[290] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 25
[291] Cfr. P.STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica,* Giuffrè, Milano, 1984; Cfr. P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico manuale breve*, ed. II., Giuffrè, 2012, p. 26 e ss.; P.URBANI, *Urbanistica solidale, alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici,* op.cit., pp. 26.

A fronte della palese inefficienza dello strumento di piano, divenuto, come affermato in dottrina, un vero e proprio *"colabrodo",* il Legislatore intervenne quindi, a più riprese, mediante interventi correttivi, idonei ad adeguare il sistema della pianificazione alle sopravvenute esigenze di urbanizzazione[292].

Si trattò tuttavia, molto spesso, di interventi non organici e strutturali che posero infatti rimedio alle inefficienze indicate attraverso l'introduzione di strumenti in deroga agli strumenti di piano, di per sé quindi idonei a lasciar tramontare, definitivamente, il risalente *mito del piano*[293].

A dispetto dell'eterogeneità dei presenti strumenti è possibile comunque individuare i punti fermi degli stessi, da un lato, nell'attitudine a veicolare flessibilità nel contenuto della pianificazione, consentendo quindi un costante adeguamento dello strumento di piano alle esigenze di urbanizzazione di volta in volta sopravvenute, mentre, dall'altro, in uno spiccato coinvolgimento del privato nell'urbanizzazione del territorio.

Ambo le invarianti descritte trovavano peraltro compiuta integrazione attraverso il ricorso a strumenti di natura negoziale che contribuivano quindi, nel loro frequente impiego nella prassi della disciplina del suolo, a spostare progressivamente il baricentro del sistema di pianificazione, da un'idea dell'"amministrazione per provvedimenti" a quella dell'"amministrazione per accordi".

Fra gli strumenti in deroga al piano, meritevoli di trattazione nelle seguenti pagine, rilevano, in particolare: il programma integrato di intervento, la società di trasformazione urbana nonché di recenti istituti del permesso di costruire in deroga e del permesso di costruire convenzionato.

Il Programma integrato di intervento.

Il programma integrato di intervento, introdotto con la l. del 16 febbraio 1992, n. 179, rappresenta uno strumento funzionale alla realizzazione di complesse operazioni di recupero urbano[294].

---

[292] Cfr. P.STELLA RICHTER, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, op. cit., p. 82.
[293] Cfr. P.STELLA RICHTER, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, op. cit., p. 82.
[294] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 40.

Il presente piano costituisce quindi un mezzo nato al fine di supplire alle sopravvenute esigenze di urbanizzazione tese, non già alla mera espansione dell'area urbana quanto invece al recupero di zone già interessate da interventi di trasformazione[295].

In particolare, i programmi integrati di intervento, concepiti invero sulla falsa riga dei piani di recupero del 1978, si caratterizzavano per una spiccata partecipazione di privati, i quali, a dispetto della formale imputazione dello strumento all'autorità comunale, si atteggiavano quindi a reali protagonisti e fautori del medesimo[296].

Attraverso i suddetti programmi, i privati potevano, infatti, presentare all'autorità complessi e remunerativi progetti di riconversione urbana, dei quali curavano programmazione ed esecuzione[297].

Il programma integrato di intervento non costituiva peraltro un mero mezzo capace di dar sfogo ad un interesse particolare del privato posto che l'approvazione del medesimo esigeva comunque la verifica della compatibilità del relativo contenuto con l'interesse pubblico. In altri termini, il programma si caratterizzava per una spiccata relazione dialogica fra soggetto pubblico e privato, i quali, concorrendo nella definizione e attuazione delle regole urbanistiche, perseguivano contestualmente l'interesse pubblico e privato[298].

Non solo il programma integrato di intervento si caratterizzava per una intrinseca componente negoziale e quindi per una spiccata partecipazione del privato, ma le regole dallo stesso dettate erano altresì idonee a derogare il contenuto del piano regolatore generale ogniqualvolta ciò fosse risultato necessario ai fini della corretta esecuzione dell'intervento[299].

---

[295] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 39. La funzione dei presenti piani era quella di riqualificare il tessuto urbano, coinvolgendo zone edificate e non edificate senza esigere, a monte, un'espressa zoonizzazione. Tale caratteristica, costituiva peraltro proprio l'elemento di *discrimen* rispetto ai piani di recupero del patrimonio esistente nonché dei programmi di recupero urbano. Cfr. G.PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati,* op. cit., p. 457.

[296] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 40.

[297] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 41.

[298] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 41.

[299] Il contenuto del programma poteva infatti interessare "*zone in tutto o in parte edificate o da destinare anche a nuova edificazione", "con interventi di una dimensione tale da incidere sulla riorganizzazione urbana".* Si trattava, a ben vedere, di una nozione di ampio respiro che poneva in evidenza la fisiologica attitudine del programma a porsi in contrasto con il contenuto del piano a fungere da deroga al medesimo. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 25.

In altri termini, il presente strumento si presentava come mezzo dalla forte autonomia progettuale e contenutistica, idonea a prescindere e modificare profondamente altresì le prescrizioni medesime del piano regolatore generale[300].
L'elemento che tuttavia maggiormente qualifica il piano integrato di intervento era individuato nella indubbia natura composita dello strumento, data dalla compresenza di un momento progettuale ed uno esecutivo che anziché costituire oggetti di atti separati confluivano dunque in un documento unico dall'immediata applicabilità.
Nel perimetro del programma integrato di intervento, dalla astratta progettualità si passa quindi, direttamente all'esecuzione, dando conseguentemente vita a processi di trasformazione organica, composita e simultanea di ampie parti del territorio urbano[301].

Le società di trasformazione urbana.

Considerazione analoghe a quelle sviluppate in tema di programma integrato di intervento possono essere altresì svolte con riferimento all'istituto della società di trasformazione urbana (S.T.U.), introdotta con legge del 15 maggio 1997, n. 127.
La società di trasformazione urbana, istituto invero mutuato da esperienze estere europee, come quella francese, ha quale obiettivo quello della progettazione e della realizzazione di interventi di trasformazione del suolo, in attuazione delle previsioni di piano[302].
In estrema sintesi, la decisione in merito la costituzione della società è riservata alla pubblica amministrazione la quale dovrà comunque condividere una quota delle partecipazioni al capitale sociale con partner privati, individuati per mezzo di una procedura selettiva[303].
L'ambito di intervento dell'ente, sul quale sarà dunque realizzata l'attività di trasformazione urbana, è inoltre previamente individuato, in via esclusiva, dal

[300] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 40.
[301] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 42.
[302] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 44.
[303] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 44.

consiglio di amministrazione[304]. Alla perimetrazione dell'area, segue quindi la concreta esecuzione dell'intervento di trasformazione il quale, a sua volta, si articola nelle differenti fasi della progettazione, della realizzazione nonché della commercializzazione di quanto realizzato[305].

Caratteristica peculiare dell'intervento, concisamente descritto, è inoltre individuata nell'attitudine dell'atto di delimitazione dell'area di trasformazione a fungere da dichiarazione di pubblica utilità, potendo dunque la società di trasformazione procedere direttamente all'esproprio delle aree interessate, salvo, in ogni caso, accordo bonario con i privati[306].

Complice il dirimente ruolo della procedura espropriativa, rispetto all'ipotesi del programma integrato di intervento, la società di trasformazione urbana si caratterizza quindi per una spiccata enfasi di una componente "pubblicistica", finalizzata a conferire una nuova fisionomia urbana all'area di intervento, secondo un approccio propriamente dirigistico[307].

La presenza della procedura espropriativa, quale componente fisiologica dell'azione della società, è inoltre sovente imposta dalle peculiari caratteristiche dell'area di intervento. Mentre, infatti, nel programma integrato di intervento il soggetto promotore è sovente titolare dell'intera area di trasformazione, al contrario la S.T.U. sovente interviene su aree suddivise fra più proprietari, i quali, peraltro, sono legittimati a partecipare al capitale sociale della società, mediante il conferimento della titolarità dei suoli di cui sono titolari[308].

La compagine sociale delle S.T.U. si presenta quindi come compagine complessa, comprensiva non solo di autorità pubbliche, preposte alla cura del pubblico interesse, quanto anche di una forte componente privata la quale al contrario,

---

[304] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 46.
[305] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 45.
[306] Per l'effetto dell'esproprio delle aree incise dall'intervento veniva quindi sterilizzata quella rendita di posizione attribuita dalle norme del piano. Si trattava, di una soluzione a ben vedere del tutto affine a quella sperimentata dall'art. 18 della l. 1150 del 1942 in base al quale il comune poteva procedere all'espropriazione di aree ricomprese in zone di espansione dell'aggregato urbano per riassegnarle, in un secondo momento, ai relativi proprietari. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 45.
[307] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 45.
[308] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 47.

impiegando risorse e competenze proprie, mira invece alla realizzazione di un intervento di trasformazione edilizia per il medesimo remunerativo.
Anche in tale ipotesi dunque, al pari di quanto detto nel caso del programma integrato di intervento, interesse pubblico e interesse privato interagiscono in una relazione dialogica, circolare, convergendo dunque nel verso della realizzazione di un comune scopo[309]. In altri termini, anche in tal caso quindi la partecipazione del privato diviene momento essenziale ai fini della proficua realizzazione dell'intervento di trasformazione pattuito.

Il permesso di costruire convenzionato e il permesso di costruire in deroga.

Tanto il programma integrato di intervento quanto la società di trasformazione urbana rappresentano dunque istituti finalizzati alla realizzazione di interventi urbanistici, secondo modalità derogatorie rispetto a quelle proprie del piano regolatore generale. Non solo, infatti, si tratta di strumenti che "*bypassano"* i tempi e le modalità esecutive del piano, ma tanto il programma integrato quanto la S.T.U., si caratterizzano per un pregnante coinvolgimento del privato, il quale, partecipa, sia nella fase "a monte", di definizione dell'intervento, sia di quella "a valle", di esecuzione dello stesso.
Alcune delle invarianti poc'anzi descritte risultano invero altresì presenti, sotto differente profilo, negli istituti del permesso di costruire convenzionato e del permesso di costruire in deroga, rispettivamente regolati dagli artt. 28-*bis* e 17, co. 1-*bis* del T.U. edilizia, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, i quali parimenti, possono dunque essere ragionevolmente collocati in quella tendenza positiva finalizzata a "corrompere" il contenuto del piano, assicurandone la corretta esecuzione[310].
In particolare, l'art. 28-*bis* indicato dispone che "*1.Qualora le esigenze di urbanizzazione possano essere soddisfatte con una modalità semplificata, è possibile il rilascio del permesso di costruire convenzionato. 2.La convenzione, approvata con delibera del consiglio comunale, salva diversa previsione regionale,*

[309] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 49.
[310] Cfr. P.URBANI, *Le modifiche a TU n. 380/2001 dopo la L. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 234.

specifica gli obblighi, funzionali al soddisfacimento di un interesse pubblico, che il soggetto attuatore si assume ai fini di poter conseguire il rilascio del titolo edilizio[311]*."*

Come correttamente evidenziato in dottrina, il presente istituto rappresenterebbe la codificazione della giurisprudenza prima descritta, avente individuato, già a livello del piano, prescrizioni conformative della proprietà, ovvero prescrizioni autoapplicative[312].

Superando, infatti, le rigidità connesse al vincolo di rinvio allo strumento attuativo, la nuova disposizione introduce forme semplificate di urbanizzazione idonee a dar seguito ad interessi particolari purché in linea con il superiore interesse pubblico. Per mezzo del permesso di costruire convenzionato, il Legislatore avrebbe quindi introdotto una forma fluida ed alternativa di attuazione del contenuto del piano, idonea a dar sfogo ad interessi specifici, connessi all'urbanizzazione del suolo[313].

Un maggior "strappo" rispetto alle previsioni di piano risulta poi desumibile dall'ulteriore istituto del permesso di costruire in deroga il cui uso, in base a quanto stabilito dall'art. 17, co. 1-*bis* indicato, è previsto per *"gli interventi di ristrutturazione edilizia anche in deroga alle destinazioni d'uso, previa delibera del*

---

[311] L'art. 28-bis ripropone invero il contenuto dell'art. 10 della l. 765 del 1967, in base al quale "La concessione della licenza è comunque subordinata all'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte dei comuni dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio o all'impegno dei privati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alle costruzioni oggetto della licenza". Anche in tal caso, alla base dell'impegno del privato vi era una convenzione per mezzo della quale si determinava l'assetto di sviluppo urbanistico del territorio. Cfr. P.URBANI, *Le modifiche a TU n. 380/2001 dopo la L. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica,* op. cit., p. 236.

[312] Cfr. P.URBANI, *Le modifiche a TU n. 380/2001 dopo la L. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica,* op. cit., p. 236.

[313] L'art 28-bis, introdotto dal d.l. n. 133 del 2014, prevede che il piano urbanistico attuativo, al fine di supplire a specifiche esigenze urbanizzative, sia sostituito da una convenzione che specifichi gli obblighi del soggetto attuatore. Rispetto all'ipotesi della convenzione di lottizzazione, la norma in esame non prevede come obbligatoria la prestazione del privato di prestare adeguate garanzie. D'altro canto, il nuovo istituto consente la realizzazione dell'intervento per stralci funzionali, opzione, invero estesa proprio dal d.l. 133 del 2014, altresì al caso delle convenzioni di lottizzazione. Del tutto nuovo, invece, è l'obbligo di cedere al comune aree destinate ad ospitare diritti edificatori. Dal punto di vista formale la presente convenzione accede al permesso di costruire che rimane infatti, coerentemente con quanto previsto dalla norma in esame la fonte di regolamento degli interessi delle parti. La medesima norma precisa inoltre con la convenzione è adottata dal consiglio comunale seguendo quindi una soluzione differente a quella prevista per le convenzioni approvate invece dalla giunta comunale, a norma dell'art. 5, c. 3, lett. b) del d.l. 70/2011. Cfr. A.CALEGARI, *Il permesso di costruire ordinario e convenzionato (artt. 10, 20, 21 e 28-bis TUED)*, in Rivista giuridica dell'edilizia, 2014, pp. 531-534.

consiglio comunale che ne attesti l'interesse pubblico, a condizione che il mutamento di destinazione d'uso non comporti un aumento della superfice coperta prima dell'intervento di ristrutturazione.[314]*".*

Il permesso di costruire in deroga può quindi incidere e modificare il contenuto del piano, al fine di dar seguito a progetti urbanizzazione particolari, dei quali dovrà comunque essere scrutinata la coerenza con il pubblico interesse[315].

---

[314] Come anticipato, il permesso di costruire in deroga è istituto da tempo presente nell'ordinamento se si considera che una sua prodromica disciplina si riscontra già con l'art. 3 della legge 21 dicembre 1955, n. 1357. La *ratio* sottesa al presente istituto è stata, da sempre, quella di introdurre uno strumento che consentisse in tempi rapidi la realizzazione di un dato interesse pubblico, senza dunque transitare attraverso una complessa variante dello strumento urbanistico generale. Per lungo tempo, l'istituto ha trovato la sua disciplina nella legge n. 1150 del 1942, così come modificata dalla legge 6 agosto 1967, n. 765. In base all'art. 41-*quater* della legge urbanistica fondamentale deroghe alle previsioni urbanistiche potevano essere ammesse a condizione che fosse lo stesso strumento urbanistico a contemplarle. Il loro esercizio, era poi ammesso attraverso un procedimento complesso, regolato dalla l. 1375 del 1955, la quale, prevedeva il coinvolgimento di differenti autorità, individuate, rispettivamente, nella sezione urbanistica regionale, nella sovraintendenza ai monumenti, nonché, per i comuni ricompresi nell'elenco di cui all'art. 8 della l. 1150 del 1942, del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Ministero dei lavori pubblici. In particolare, tali autorità erano chiamate, seppure a differente titolo, a rendere pareri o nulla osta, in virtù dei quali, il sindaco si sarebbe quindi espresso sull'istanza di deroga, previa delibera del consiglio comunale. La ridefinizione del riparto delle competenze urbanistiche fra più amministrazioni rappresentò, successivamente, l'occasione per la semplificazione del suddetto procedimento, incardinando, conseguentemente, la relativa competenza in capo al consiglio comunale. Tuttavia, a dispetto della suddetta modifica, rimaneva il fatto che la deroga, per essere ammessa, doveva essere, non solo, prevista dallo strumento di pianificazione, ma altresì concernere la realizzazione di opere pubbliche o di pubblico interesse. In altri termini, per come era congegnato, il sistema consentiva sì di derogare allo strumento di piano ma pur sempre nel rispetto della centralità dello stesso. Cfr. E.FURLAN, *Il permesso di costruire in deroga (artt. 14 TUED e 5 d.l. n. 70 del 2011)*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2014, pp. 549-556; Cfr. P.URBANI, *Le modifiche a TU n. 380/2001 dopo la L. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica,* op. cit., p. 236.

[315] Il nucleo essenziale della disposizione si risolve quindi nella possibilità di rilascio di permessi di costruire, su conforme deliberazione del consiglio comunale, in deroga ai limiti di densità edilizia, di altezza e di distanze previste dallo strumento di pianificazione. Gli ulteriori incisi, contenuti nei tre commi costituenti la norma appaiono dunque del tutto ultronei. Poco significativo sembra, infatti, l'onere imposto all'autorità di dar comunicazione agli interessati dell'avvio del procedimento posto che tale onere deriva direttamente dalla legge sul procedimento amministrativo 241 del 1990. Considerazioni analoghe valgono altresì con riferimento al richiamo della disciplina in materia di beni culturali e paesaggistici direttamente applicabili in materia urbanistica, al di là di qualsivoglia rinvio. Nell'analisi della fattispecie, del tutto ultroneo appare inoltre la possibilità del presente istituto di derogare non solo gli strumento di pianificazione generale ma altresì quelli urbanistici attuativi, posto che, questi ultimi costituiscono pur sempre strumenti subordinati al piano regolatore generale del quale, infatti, attuano le disposizioni. Da ultimo, del tutto non dirimente appare la clausola di salvezza relativa alle distanze e altezze indicate dal decreto ministeriale 1444 del 1968. Se infatti neppure il piano regolatore non può derogarvi non si vede come tale fine possa essere realizzato dall'istituto in esame. Cfr. E.FURLAN, *Il permesso di costruire in deroga (artt. 14 TUED e 5 d.l. n. 70 del 2011)*, op. cit., pp. 555-558.

Anche in tal caso, ciò che viene in essere è quindi uno strumento di "deroga" del sistema piano, modificativo dello stesso, il quale, generalizzando la possibilità di introdurre elementi di rottura rispetto ad un assetto di interessi predefiniti, tende sempre più a veicolare canali elastici e flessibili capaci di dar peso alle sopravvenute esigenze di urbanizzazione del territorio[316].

In conclusione, entrambi gli strumenti concisamente descritti possono essere adeguatamente collocati nell'indicato solco normativo teso quindi a corrompere e flessibilizzare lo strumento di piano al fine di assicurarne la piena attuazione.

4. "Le nuove frontiere dell'urbanistica": dalla pianificazione per provvedimenti alla pianificazione per accordi.

Nei precedenti paragrafi sono state individuate le principali criticità del sistema di pianificazione urbanistica, delineato dalla l. n. 1150 del 1942.

Come evidenziato, il modello di pianificazione concepito dal Legislatore fallì ben presto l'ambizioso obiettivo di garantire un razionale sviluppo del territorio, risolvendosi, infatti, molto spesso, in uno strumento incapace di proporre un'"offerta urbanistica" in linea con le reali esigenze di trasformazione del suolo.

L'attribuzione al piano della complessa funzione di selezione degli interessi, ritenuti, di volta in volta, meritevoli di tutela, ha quindi comportato, per anni, l'elusione dei problemi connessi allo sviluppo economico del territorio, riducendosi, invero, lo strumento di piano ad un mero mezzo di determinazione della destinazione dei suoli[317].

---

[316] Cfr. P.URBANI, *Le modifiche a TU n. 380/2001 dopo la L. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica,* op. cit., p. 238; Quella proposta rappresenta una parziale descrizione degli strumenti in deroga introdotti dal Legislatore al fine di flessibilizzare il contenuto del piano e garantire una corretta attuazione delle relative disposizioni. Esigenze di completezza impongono comunque un conciso rinvio ai Programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (PRUSST) ovvero di strumenti finalizzati a realizzare un adeguato sistema infrastrutturale che funga da supporto ad aree suscettibili di sviluppo. Anche in tal caso, le proposte di intervento sono selezionate a valle di una procedura competitiva valorizzando proposte di trasformazione che partono "dal basso", ovvero di proposte presentate da amministrazioni e imprenditori locali, più coerenti con le concrete esigenze di sviluppo urbanistico ed economico del territorio. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica consensuale,* op. cit., pp. 53-55.

[317] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 60.

La siderale distanza fra piano e realtà, alla base di quel vivace "conflitto" fra interesse pubblico e privato, che ha tradizionalmente percorso la disciplina urbanistica, dipese proprio dalla descritta fisionomia del piano, il quale, arroccato in un'eccessiva razionalità, nonché teso al perseguimento di un pubblico interesse dagli astratti confini e contenuti, si dimostrò molto spesso "sordo" alle istanze di urbanizzazione reali[318].

Coerentemente infatti con quanto affermato in dottrina, il principale fallimento del sistema di pianificazione era proprio ravvisabile nella patologica assenza di adeguati canali di "ascolto", che potessero dar peso, nel solco del procedimento, ad istanze particolari di urbanizzazione, idonee, nel continuo confronto fra autorità e libertà, a delineare un razionale e ordinato progetto di sviluppo del territorio[319].

È quindi sulla scorta delle presenti esigenze che viene dunque progressivamente concepito un nuovo modello di pianificazione, il quale, al fine di dare riverbero agli interessi particolari embricati nel territorio, individuò proprio il suo baricentro nell'accordo, che, da istituto marginale nella speculazione scientifica, divenne, dunque, per l'effetto, una delle indubbie invarianti delle "nuove frontiere del diritto urbanistico[320]".

La destrutturazione del piano regolatore.

Le istanze di riforma concisamente descritte si condensarono, ben presto, in alcune pioneristiche esperienze legislative regionali, di fine XX secolo, le quali, spezzando la rigida omogeneità della disciplina urbanistica, al tempo in vigore, realizzarono la cd. *destrutturazione* del piano regolatore, ovvero la scomposizione dello stesso, in piano strutturale e operativo[321].

Si trattò di un sistema di pianificazione dalla forte discontinuità rispetto al passato, le cui invarianti possono essere riassunte, da un lato, nella flessibilizzazione del contenuto dello strumento di piano, a monte, mentre, dall'altro, nella valorizzazione

[318] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 60.
[319] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 61.
[320] Cfr. P.URBANI, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Giappichelli, Torino, 2013.
[321] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 62.

del ruolo del privato, sia in sede di definizione che di attuazione delle regole urbanistiche[322].

Nel nuovo sistema di pianificazione, il piano strutturale e piano operativo, ovvero i documenti nei quali si scinde il piano regolatore generale, rappresentano strumenti di pianificazione fra di essi autonomi ed indipendenti, ovvero, strumenti non avvinti, conseguentemente, da alcun nesso di gerarchia[323].

La ragione del predetto rapporto risiede nel diverso contenuto e ruolo del piano strutturale, il quale, infatti, costituisce uno strumento dalla fisionomia propriamente "programmatica" ed elastica deputato a fungere da atto di indirizzo generale della pianificazione urbanistica[324].

Il piano strutturale quindi, coerentemente con tale prospettiva, anche laddove individui prescrizioni di massima quali, densità o altezza, non acquisisce mai carattere cogente, profilando invece un insieme di soluzioni astrattamente percorribili, in relazione al caso di specie.

La concreta definizione dell'assetto di sviluppo urbanistico compete quindi al piano operativo di durata quinquennale, il quale, dunque, in tutta la propria dinamicità, plagia e conforma l'effettivo disegno di sviluppo urbanistico del territorio[325].

Proprio nella concreta selezione delle scelte urbanistiche, fra quelle in astratto percorribili, si insinua dunque il ruolo del privato, decretando, conseguentemente,

---

[322] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 62.

[323] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 62.

[324] Il piano strutturale, così concepito, non detta prescrizioni, non impone vincoli, né tanto meno demanda la propria attuazione a strumenti di rinvio. In altri termini, *"il piano non scopre le sue carte ora, perché sarà il gioco degli interessi e la loro effettiva composizione che determineranno il contenuto della pianificazione operativa".* La piena attitudine del piano strutturale a definire le linee guida di sviluppo del territorio opera peraltro limitatamente alle sole aree di sviluppo urbano, e non dunque ad aree caratterizzate da preesistenti insediamenti ed interventi di urbanizzazione ovvero comunque da pianificazioni settoriali e sovraordinate che limitano quindi la discrezionalità dell'amministrazione comunale. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 64.

[325] La ristrettezza del tempo di attuazione del piano giustifica la flessibilità delle prescrizioni a monte del piano strutturale il quale dunque offre le più flessibili soluzioni in merito alla conformazione dei suoli. La flessibilità così definita, garantisce quindi la possibilità di dar sfogo alla realizzazione di interventi urbanistici di trasformazione o recupero senza che si addivenga come in passato, alla necessaria variante dello strumento di pianificazione a monte. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 68.

quell'effettivo passaggio da *un'urbanistica prescrittiva ad un'urbanistica negoziale*[326].

Se infatti l'amministrazione si "autolimita", non dettando alcuna prescrizione direttamente applicabile, è quindi solo nel confronto con i soggetti interessati all'urbanizzazione del territorio che è possibile procedere alla loro concreta definizione[327].

Nell'esigenza di assicurare "l'appetibilità dell'offerta urbanistica" e quindi la sua reale attuazione, il procedimento di formazione delle regole inverte la propria prospettiva, abbandonando una logica rigida e "discendente" a favore di una dinamica ed "ascendente".

In altri termini, il concreto assetto di interessi intestini al territorio non è più frutto di un apprezzamento unilaterale dell'autorità bensì costituisce il prodotto di un confronto continuo e dialogico con i titolari degli interessi medesimi, che si istruisce e consuma nel procedimento.

È in questa rinnovata prospettiva dunque, che l'accordo, quale mezzo di co-determinazione delle regole urbanistiche, diviene non solo strumento di legittimazione dell'azione del soggetto pubblico quanto anche mezzo che risolve "nel procedimento" l'antitesi fra interesse pubblico e interesse privato[328].

Attraverso l'accordo si tempera infatti l'antagonismo degli interessi, individuando la soluzione più adeguata ad assicurare l'equo contemperamento fra esigenze pubbliche e particolari, le quali convergono nel verso di quel comune scopo

---

[326] Costituiscono espressione di questo nuovo approccio teso a valorizzare l'effettiva partecipazione del privato nella determinazione delle regole urbanistiche, tanto la Legge regionale toscana del 1995, quanto la legge regionale emiliana del 2000. In particolare, nel primo caso, la partecipazione si insinua nel procedimento a valle di formazione del piano operativo. In particolare un documento programmatico viene presentato già entro sessanta giorni dall'insediamento della nuova giunta comunale, al fine proprio di indirizzare le proposte ovvero le offerte di interventi di trasformazione proposti da privati o enti. La selezione delle proposte comporta quindi un costante confronto fra pubblico e privato entrambi interessati dalla piena e rapida realizzazione del progetto proposto. Nel caso invece della legge emiliana, la partecipazione viene direttamente anticipata nella fase a monte di formazione del piano strutturale valorizzando quindi una concertazione delle medesime regole strategiche di sviluppo del territorio nel quadro di un sistema di pianificazione che mira ad assicurare la piena attuazione delle sue regole. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 68.

[327] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 104.

[328] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 105.

rappresentato dalla definizione di un ordinato e razionale progetto di sviluppo del territorio[329].

In definitiva, la valorizzazione dell'accordo, nonché quindi della partecipazione dei privati, rappresentò ben presto il naturale e fisiologico termine della pianificazione urbanistica la quale, superata un'inziale fase "statica", strettamente avvinta in una

[329] In un contesto quali quello delineato, l'amministrazione si atteggia quindi a promotrice dello sviluppo, selezionando quali offerte risultino maggiormente consone rispetto alla cura concreta del pubblico interesse. Si tratta, in particolare, di un fenomeno complesso che apre l'esercizio delle funzioni pubbliche a logiche partenariali nelle quali quindi l'autorità supplisce alle proprie carenze organizzative e cognitive attingendo dal più proficuo patrimonio del privato. Se queste sono dunque le invarianti del nuovo sistema di pianificazioni, non mancano invero forti perplessità insite ad una forte valorizzazione del ruolo del privato nella determinazione e attuazione delle regole di pianificazione. Parte della dottrina ha infatti sostenuto come l'eccessivo affidamento nutrito dall'autorità nel privato potrebbe dar adito a patologiche forme di "cattura del regolatore" capaci di piegare il pubblico interesse a quello particolare del privato. In altri termini, la promozione di interessi particolari elevati per mezzo dello strumento dell'accordo, potrebbe di fatti travisare il fine stesso della pianificazione ovvero quello di garantire l'ordinato sviluppo del territorio complessivamente inteso, ovvero nelle diverse componenti che lo costituiscono (P.STELLA RICHTER, *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in *Le Nuove frontiere del diritto urbanistico*, op. cit., p. 21 e ss.). Ecco perché, al fine di evitare le patologiche conseguenze descritte, non è mancato chi ha rappresentato l'esigenza di implementare le forme di controllo sulla discrezionalità tecnica dell'autorità la quale, dovrebbe sottoporre la selezione delle proposte dei privati, non solo alla valutazione di esperti, ma altresì ad un adeguato confronto concorrenziale (Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 104). L'archetipo del confronto concorrenziale in materia di urbanistica convenzionata si ravvisa nell'esperienza della legge regionale emiliana, n. 19 del 1998, la quale, con riferimento alla predisposizione dei programmi di riqualificazione di aree degradate, impone all'autorità di indire una procedura pubblica tesa a individuare la migliore proposta fra quelle presentate. Il progetto di riqualificazione, così selezionato, assume successivamente la forma di piano attuativo, il quale può inoltre, per mezzo di apposito accordo di programma, determinare una modifica delle vigenti e contrarie previsioni urbanistiche. Al fine di favorire la realizzazione di tali progetti, la legge prevede che preventivamente gli imprenditori interessati debbano acquisire i beni ricompresi, nell'area di intervento. Solo laddove sia dunque fallito il presente acquisto bonario, potrà procedersi in via sussidiaria alla procedura espropriativa. La valorizzazione del confronto concorrenziale come strumento di selezione del privato, risulta presente altresì nell'esperienza della legge regionale umbra m. 11 del 2005. Anche in tale caso, infatti, il Legislatore ha rimesso ad un confronto pubblico la selezione delle migliori proposte concernenti la riqualificazione urbana che saranno poi recepite in un apposito piano urbanistico attuativo. Analoga scelta è da ultimo presente nella legge regionale Marche, n. 16 del 2005, la quale, in tema di riqualificazione urbana, individua un procedimento complesso di programmazione e analisi di interventi il cui epilogo è costituito da un confronto concorrenziale. In primo luogo, la riqualificazione e il recupero di aree urbane sono assunte dalla Regione come funzione di sviluppo e governo del territorio. In secondo luogo si individua nello strumento di derivazione statale del programma di riqualificazione urbana l'archetipo generale degli strumenti in materia. In terzo luogo, tali programmi oltre a promuovere la qualità urbana e architettonica delle aree oggetto di intervento mirano a favorire l'integrazione sociale degli stessi. Sulla base quindi della perimetrazione delle aree di intervento, i comuni attivano dunque un pubblico concorso teso a selezionare la migliore fra le proposte presentate più coerente con l'obiettivo pubblico perseguito. Cfr. P.URBANI, *Territori e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 142-147.

dimensione "eburnea", poté spigare le proprie funzioni ed effetti solo attraverso l'apporto dei privati.

Solo infatti la partecipazione del privato ai processi di formazione delle regole urbanistiche consentì la proposizione di offerte urbanistiche in linea con le esigenze reali, dei quali i privati medesimi, si facevano quindi promotori ed attuatori. Attraverso la pianificazione per accordi, si poté quindi delineare un sistema teso alla sua effettiva attuazione capace di assicurare la concreta cura del pubblico interesse attraverso una sapiente combinazione di risorse e conoscenze pubbliche e private.

Esaurita quindi la parte relativa all'evoluzione del sistema di pianificazione, da un modello di pianificazione per piani ad uno per accordi, occorre, da ultimo, soffermarsi su uno fra i principali banchi di prova del medesimo, rappresentato proprio dal delicato nodo della dotazione infrastrutturale del territorio urbano.

Il ruolo del privato nella dotazione di infrastrutture pubbliche.

Come anticipato, il ruolo del privato, nel perimetro dell'urbanistica consensuale, acquisì, ben presto, un suo particolare peso in relazione all'urbanizzazione del territorio, ovvero, in relazione alla realizzazione di quell'insieme di infrastrutture, funzionali a garantire una corretta fruizione del territorio medesimo[330].

[330] L'ordinamento giuridico è privo di una nozione generale delle opere di urbanizzazione, riconducibili, come noto, nel perimetro degli standard urbanistici. L'art. 16 del T.U. 380/2001, si limita, infatti, a distinguere fra le opere di urbanizzazione primaria e opere di urbanizzazione secondaria. Le prime sono rappresentate dalle strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione nonché negli spazi di verde attrezzato. Le seconde sono invece individuate negli asili nido, scuole materne, scuole dell'obbligo, strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie. Dalla mera riproduzione della norma è agevole individuare nelle opere di urbanizzazione un insieme eterogeneo di dotazioni infrastrutturali delle quali il territorio urbano deve essere munito perché possa adeguatamente essere fruito dalla collettività. L'essenzialità delle opere di urbanizzazione è peraltro circoscritta alle sole opere di urbanizzazione primaria, la cui sussistenza (o in alternativa l'impegno alla relativa realizzazione), funge, infatti, a norma dell'art. 12 del T.U. 380/2001, da presupposto indefettibile per il rilascio del permesso di costruire. La misura e contenuto delle opere di urbanizzazione è, in particolare, fissato dal D.M. 2 arile 1968, n. 1444, il quale, in attuazione all'art. 41-*quinquies,* c. 8, della l. 1150 del 1942, disciplina, per ciascuna area del territorio comunale urbanisticamente omogenea, gli standard che l'autorità comunale è chiamata a rispettare in sede di pianificazione del territorio. In particolare, seguendo un approccio squisitamente quantitativo, il D.M. prevede l'obbligo di destinare una quantità minima di spazi urbani nell'interesse comune, in rapporto al numero di abitati insediato nell'area di intervento. Non sempre tuttavia, l'applicazione del D.M.

L'urbanizzazione del territorio ha invero, tradizionalmente, costituito uno fra i principali nodi della funzione urbanistica, sovente paralizzata, come visto, nel suo dinamico dispiegarsi, da continue contingenze finanziarie.

Il "nodo" della realizzazione delle opere di urbanizzazione venne sistematicamente affrontato dal Legislatore, solo con la l. 10 del 1977, il cui art. 11, come noto, introdusse il principio della necessaria onerosità della concessione edilizia.

Si trattò, in particolare, di un considerevole intervento riformatore il cui obiettivo era, non solo, abbattere la rendita marginale attribuita dalle scelte di piano alle aree edificabili, ma altresì ancorare il costo della città pubblica alle aree beneficiarie dell'edificabilità medesima[331].

In altri termini, attraverso un intervento positivo di respiro generale, cominciò progressivamente a profilarsi l'idea per cui lo sviluppo dello spazio urbano dovesse individuare il proprio indefettibile presupposto in un equo riparto, di costi e benefici, fra i cittadini destinatari della pianificazione.

---

risulta concretamente possibile. In alcuni casi, infatti, può ad esempio rilevare l'assenza di adeguati spazi da destinare a standard in linea con le indicazioni fornite dal D.M.; in altri, invece, l'automatica applicazione del D.M. comporterebbe la formazione di spazi pubblici inconsistenti in rapporto all'effettiva estensione delle differenti aree in cui sono inseriti. In alternativa dunque alla cessione di aree da destinare a standard, si è quindi diffuso nella prassi, il ricorso al meccanismo della "monetizzazione" ovvero del versamento, in favore del Comune, di una somma di importo pari alla mancata cessione. La giurisprudenza, suole tradizionalmente affermare come la scelta in ordine al ricorso alla monetizzazione rientri nella sfera di discrezionalità dell'amministrazione. In aggiunta, ricorrente è altresì la massima in virtù della quale *"la c.d. monetizzazione…, non configura una vicenda di carattere meramente patrimoniale «poiché non può ammettersi separazione tra i commoda, sotto forma di entrata patrimoniale per il Comune, dagli incommoda, cioè il peggioramento della qualità di vita dei residenti della zona»* (Cons. St., Sez. IV, sentenza del 14 aprile 2014, n. 1820). A livello statale il fondamento normativo degli standard viene individuato nell'art. 12 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, il quale, come visto, nel disciplinare i presupposti del permesso d costruire subordina, il relativo rilascio, all'effettiva esistenza delle opere di urbanizzazione ovvero all'impegno degli interessati di procedere alla relativa realizzazione nei successivi tre anni. Analoga conclusione viene altresì desunta dagli artt. 28 e 31 della l. 1150 del 1942, i quali, infatti, parimenti, prevedono l'obbligo di prevedere, nel quadro delle convenzioni, la cessione gratuita, entro termini prestabiliti, delle aree necessarie alla realizzazione degli standard. Più cospicua è invece la normativa locale la quale, infatti, a più riprese ha avuto modo di regolare in via organica la tematica. Cfr. C.MARZETTA, "*Le azioni giudiziali avvero la monetizzazione sostitutiva della cessione degli standard urbanistici: termine decadenziale o prescrizionale?",* in Amministrazione in cammini rivista elettronica di diritto pubblico, 2014. Per un approfondimento su standard urbanistici e competenza regionale cfr. E.BOSCOLO, *Standard e poteri regionali*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2014, pp. 434 e ss..

[331] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 137.

In effetti, la traslazione descritta del costo delle opere urbanizzazione dalla collettività al privato, sancita dalla l. 10 del 1977, non costituì, a ben vedere, una novità nell'esperienza urbanistica.

Come infatti anticipato nel Capitolo terzo, tale logica era già presente nel quadro delle convenzioni di lottizzazione nelle quali, invero, alla realizzazione di interventi di trasformazione urbanistica, in linea con le esigenze del privato esecutore, si associava l'obbligo di quest'ultimo di provvedere alla realizzazione della città pubblica.

Nel combinato disposto di ambo gli istituti descritti, è quindi possibile cogliere un principio ormai invalso nell'attuale sistema di pianificazione, ovvero l'idea secondo la quale sussisterebbe una relazione sinallagmatica fra edificabilità e urbanizzazione, tale per cui, il provento derivante dal libero impiego di aree edificabili viene "compensato" dall'onere derivante dalla dotazione dello spazio urbano delle dovute infrastrutture[332]. Si tratta, in altri termini, di una relazione dalla natura circolare, che in un continuo avvicendarsi di interessi pubblici e privati, garantisce, attraverso l'indiscusso paradigma del contratto, il concorso dell'autorità e del privato nella realizzazione dello spazio urbano.

La relazione dinamica poc'anzi descritta, funzionale alla piena realizzazione della città pubblica, risultò invero ben presto catalizzata dalla sopravvenuta tecnica di pianificazione della perequazione urbanistica, emersa, nell'esperienza della legislazione regionale, al fine di lenire quell'intrinseca discriminatorietà, propria della pianificazione urbanistica, prima descritta[333].

---

[332] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 137.

[333] Il principio perequativo, prima ancora di essere un istituto giuridico, rappresenta espressione di un principio politico-filosofico. Il concetto di giustizia distributiva risale, infatti, almeno ad Aristotele, il quale, già nell'etica nicomachea distingueva la giustizia in commutativa e distributiva. In particolare, la prima regola gli scambi secondo uguaglianza; la seconda, invece, secondo proporzionalità. Ancora, mentre la giustizia commutativa inerisce i rapporti fra individui, al contrario, quella distributiva guarda al rapporto verticale fra soggetto pubblico e privato, nel cui solco, si innesta la tematica in esame della perequazione urbanistica. L'idea della giustizia, quale necessario metro dell'azione umana, appare invero presente, altresì nelle più moderne letture neo-liberiste dello Stato, secondo le quali, l'organizzazione statale rappresenterebbe un'organizzazione tesa a promuovere il bene dei cittadini, secondo giustizia. In altri termini, lo Stato, nel neo-liberismo, costituirebbe un'organizzazione finalizzata a garantire un'equa distribuzione delle utilità sociali, nel rispetto di priorità etiche, quali libertà e giustizia. La prospettiva esaminata andava quindi a sovvertire, radicalmente, quella utilitarista di R.H. Marem la quale, infatti, guardava allo Stato come organizzazione tesa alla massimizzazione della utilità degli individui, avvinta quindi da

Negli strumenti di pianificazione perequativi, il presente obiettivo si realizza attraverso un equo riparto degli oneri e vantaggi derivanti dallo sviluppo urbano, che si concretizza mediante una sapiente e dialogica sinergia fra momenti di pianificazione pubblicistica e momenti di concertazione privatistica[334].

In estrema sintesi, il funzionamento del modello perequativo avviene nel seguente modo: lo strumento di governo del territorio indica per le aree di trasformazione urbana (perimetrate in un comparto), la volumetria complessivamente insidiabile nonché, dunque, l'indice di fabbricabilità. Tale capacità edificatoria, così individuata, viene poi suddivisa, in pari misura, tra tutti i suoli ricompresi nell'area, a prescindere dalla relativa destinazione.

Alla definizione "pubblicistica" dell'indicato assetto urbanistico, segue quindi una fase più propriamente contrattuale, nella quale, i proprietari coinvolti

---

un'etica eminentemente individuale. L'idea della giustizia distributiva, quale costante nell'azione del pubblico soggetto, appare invero presente nel pensiero di John Rawls, secondo il quale, le istituzioni politiche dovrebbero svolgere un ruolo attivo nell'applicazione della teoria della giustizia. Dall'assunto poc'anzi indicato appare invero evidente la stretta relazione fra le teorie in esame e la tecnica di pianificazione della perequazione urbanistica, il cui scopo, è infatti, una più giustizia distribuzione delle risorse e benefici connessi all'attività di trasformazione del suolo. Il problema teorico della pianificazione del suolo è infatti quello di individuare una solida base teorica atta a giustificare la distribuzione di risorse scarse in rapporto agli interessi degli individui che ne fruiscono. In altri termini, la perequazione si innesta nel solco fra pianificazione e proprietà quest'ultima, irrimediabilmente incisa, nel suo contenuto, dalle scelte adottate dalla prima. S.VASTA, *Perequazione urbanistica e giustizia distributiva*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2009, pp. 356 e ss.. Per quanto il modello qui descritto ambisca a sterilizzare la differenziazione delle scelte di piano, non può che rilevare come una certa dose di discriminazione sia propria delle scelte urbanistiche in quanto discrezionali, essendo pur sempre esclusi dai meccanismi compensativi i titolari di zone agricole e quelle caratterizzate dalla presenza del patrimonio edilizio esistente e consolidato. P.URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti,* Torino, 2013, p. 159.

[334] Lungi dall'assumere valenze distributive la perequazione costituisce un mezzo funzionale a garantire una più efficiente allocazione dei benefici connessi alla pianificazione urbanistica, perseguita attraverso, la riduzione del novero di soggetti che accusano risultati svantaggiosi. Quanto detto, dovrebbe quindi indurre a non caricare di sovrabbondanti significati etici la presente tecnica di pianificazione, la quale, infatti, lungi dall'essere la condensazione di un'ideologia egualitarista rappresenta, come si avrà modo di spiegare nel prosieguo, semplicemente un mezzo e non un fine. (E.BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni,* in Rivista giuridica dell'urbanistica, 1/2010, p. 114). Se, infatti, una delle esigenze del modello perequativo è rendere indifferenti i proprietari rispetto alle scelte dell'autorità pubblica, appare comunque opportuno ricordare come tale modello consenta solo di lenire le differenze ma non escluderle del tutto. Ciò, in quanto, da un lato, i suoli oggetto di regolazione si caratterizzano comunque per fatte sia dalle diverse ed intrinseche caratteristiche che individuano i diversi suoli oggetto di regolazione, sia a cagione di quella "*dose di diseguaglianza*" che è connaturale alla pianificazione urbanistica in quanto espressione di un potere discrezionale che necessariamente comporta una differenziazione degli interessi in campo. La perequazione quindi allevia o riduce le diseguaglianze ma non le annulla. (Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale*, op. cit., pp. 141-142).

nell'urbanizzazione dell'area di intervento, individuano: i suoli rispetto cui potrà concentrarsi l'edificabilità; quelli destinati alla realizzazione dei servizi, l'integrale realizzazione a proprio carico delle opere urbanizzazione primarie e secondarie; la cessione gratuita delle aree destinate a servizi al comune[335].

Nei sistemi di pianificazione perequativa, la concreta forma del disegno di sviluppo urbanistico, da imprimere all'area perimetrata nel comparto, parte quindi "dal basso", ovvero mediante la concertazione dei singoli proprietari interessati, definita pur sempre nel rispetto di talune invarianti poste a monte dalla pianificazione pubblica[336].

Solo a valle della suddetta fase il modello perequativo ha peraltro modo di dispiegare la propria dinamicità, innescando, in via pattizia, un continuo transito di volumi dalle aree destinate a servizi in favore di quelle edificabili, teso a riequilibrare gli interessi incisi dei proprietari coinvolti.

A dispetto infatti della concreta destinazione impressa al fondo, ciascun proprietario può peraltro partecipare, seppur in differente modo, al riparto dei vantaggi derivanti dell'urbanizzazione dell'area. Da un lato, i proprietari dei suoli edificabili, possono fruire della trasformabilità degli stessi, nonché dunque del conseguente incremento di valore; dall'altro, invece, i titolari di quelli destinati a servizi, possono comunque giovarsi della cessione della edificabilità loro attribuita, concretamente spendibile nelle aree di trasformazione[337].

---

[335] Cfr. P.URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti,* Torino, 2013, p. 155.

[336] Le indicazioni del piano non hanno forma di vincolo espropriativo costituendo invero indicazioni vincolanti per i compartisti i quali ne daranno seguito in via contrattuale, attraverso quindi una urbanistica relazionale (Pugliatti) in cui il comune svolge una funzione terza di controllo circa la corretta attuazione delle disposizioni. Cfr. P.URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti,* Torino, 2013, p. 156.

[337] Etimologicamente la stessa espressione "perequazione" vuole significare pareggiare, rendere uguali. L'istituto perequativo trova il proprio archetipo normativo all'art. 23 della Legge urbanistica fondamentale, che regola l'istituto del comparto. Così come nella perequazione anche nel comparto lo strumento di pianificazione poteva attribuire ad una determinata area (appositamente individuata e perimetrata) un indice territoriale unico, poi ripartito fra i suoli direttamente edificabili. L'originaria norma prevedeva in aggiunta la possibilità stessa di un intervento autoritativo a fronte della possibile inerzia dei proprietari. Nel caso infatti di resistenza all'applicazione dell'istituto (da parte di meno di 1/3 dei proprietari del comparto), l'amministrazione avrebbe potuto intervenire espropriando le aree e redigendo un piano particolareggiato di attuazione di quello generale. Pur previsto nella legislazione nazionale da più di 60 anni la scarsa applicazione del comparto, dipese da un maggiore e più frequente uso dell'istituto della lottizzazione convenzionata. La fortuna dell'istituto è quindi riconducibile al riconoscimento della legittimità della tecnica perequativa

Per mezzo del sistema di pianificazione perequativo si perviene dunque ad un modello di regolazione del suolo teso, da un lato, all'abbattimento delle rendite marginali attribuite dalla pianificazione, mentre, dall'altro, capace di mettere in moto un meccanismo di trasformazione urbana saldamente ancorato alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, da parte dei medesimi privati[338].

Dalla perequazione concisamente descritta, c.d. a *posteriori* o *parziale,* in quanto circoscritta al solo ambito di comparto individuato dallo strumento di piano, si distingue altresì quella a *priori* o *generalizzata*, applicabile invero a qualsivoglia area di espansione o di trasformazione urbana[339].

Nell'ipotesi dei modelli di perequazione *generalizzata*, viene infatti attribuito un parametro unico di edificabilità convenzionale, non correlato all'effettivo carico urbanistico definito dallo strumento di piano, per ciascuna delle diverse aree di trasformazione, ricomprese nel territorio urbano[340]. In particolare, tale parametro è saldamente legato alla situazione di fatto e di diritto delle diverse categorie di aree interessate dalla pianificazione, classificate sulla base di criteri la cui definizione precede la formazione del piano[341].

---

avallata e dalle pronunce della giurisprudenza amministrativa e dalle leggi regionali Cfr. P.URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti,* Torino, 2013, pp. 152 e ss..

[338] Il reale obiettivo della tecnica perequativa è quindi prioritariamente quello di assicurare che la trasformazione urbanistica privata concorra alla realizzazione delle dotazioni di infrastrutture e servizi per la città pubblica. Solo in via mediata, dunque, la presente forma di pianificazione mira ad abbattere o ridurre le posizioni di rendita almeno per la città futura. Sulla scorta di quanto detto, condivisibile è quindi l'opinione di chi sostiene, come ai fini del riconoscimento della ammissibilità del metodo perequativo, "*la strada per ammettere la perequazione è quella di considerarla non un fine in sé ma un mezzo*". Cfr. P.URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, op. cit., p. 173.

[339] Il meccanismo della perequazione generalizzata nasce al fine di superare alcuni limiti strutturali propri di quella a priori. Come evidenziato infatti da molti autori, la perequazione a posteriori determina meccanismi compensativi in favore dei soli proprietari ricompresi nel comparto, preservandosi quindi all'esterno del medesimo, la patologica discriminazione propria degli strumenti di piano tradizionali. Da qui dunque l'esigenza di un modello perequativo capace di inibire i limiti strutturali descritti, il cui tratto distintivo è quindi nell'attitudine ad attribuire un parametro unico di edificabilità, su tutte le aree di trasformazione, con esclusione delle zone agricole e del centro storico. Cfr. Cfr. P.URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti,* Torino, 2013, p. 159

[340] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale*, op. cit., p. 157.

[341] Si tratta di valutazioni discrezioni ponderate che tende ad attribuire ai suoli ripartiti per categorie omogenee uno specifico indice edificatorio. Conseguentemente, la misura di edificabilità attribuita al singolo proprietario è strettamente legata alla categoria di appartenenza del relativo suolo che tiene tuttavia conto della sola edificabilità privata attribuita ai suoli e non di quella spendibile da parte dell'amministrazione per finalità generali. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale*, op. cit., p. 161.

Alla volumetria "statica" così attribuita, normalmente bassa, si associa inoltre una aggiuntiva propriamente "dinamica", funzionale all'effettiva realizzazione degli obiettivi del piano, tanto pubblici quanto privati. Parte della suddetta volumetria viene infatti gratuitamente riservata al comune, al fine di supplire al fabbisogno collettivo delle opere di urbanizzazione; la residua quota viene invece rimessa nella disponibilità dell'utilizzatore privato per la realizzazione di interventi propri[342].

L'ipotesi teorica sulla quale poggia il meccanismo perequativo è quindi quella per cui mentre l'indice convenzionale di edificabilità "statica" riguarda l'edificabilità privata, l'edificabilità "dinamica", attribuita in via aggiuntiva dal piano, costituisce invece un mezzo da riservare in prevalente quota all'amministrazione al fine di soddisfare le esigenze generali proprie del territorio che si realizzano attraverso il combinato disposto di meccanismi tanto perequativi quanto compensativi[343].

La compresenza delle fasi "statica" e "dinamica" descritte risulta invero un elemento caratterizzante l'esperienza del PRG del Comune di Roma del 2008, avente peraltro rappresentato uno dei primi e principali banchi di prova della innovativa tecnica di pianificazione perequativa.

Con il piano indicato il Comune di Roma aveva infatti previsto, in aggiunta alla volumetria originariamente attribuita, una maggiorazione dinamica di edificabilità da riservare, in parte, all'amministrazione ed in parte al privato a fronte della corresponsione di un contributo straordinario[344].

---

[342] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale*, op. cit., p. 157; E.BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, pp. 124-125.

[343] Il dibattito teorico in tema di perequazione si è concentrato proprio sulla quantità di edificabilità da riservare al privato in via statica. Secondo una prima tesi, sostenuta dall'urbanista Stefano Pompei, il piano dovrebbe tendere nel verso di una considerevole minimizzazione della medesima assicurando quindi la prevalente parte delle volumetrie spendibili all'amministrazione. Solo in tal modo, infatti, l'autorità potrebbe, in via calmierata, riassegnarle a titolo oneroso fra i privati, catturando quindi l'incremento di valore derivante dalla richiesta di maggior edificabilità. Secondo invece altra tesi, l'indice di edificabilità statico dovrebbe al contrario tradursi in una misura vantaggiosa per il privato riservandosi quindi all'autorità una ridotta quota dell'edificabilità complessivamente spendibile. Tale opzione, peraltro, si evidenzia, non dovrebbe necessariamente impedire la realizzazione delle finalità pubblicistiche sottese al piano posto che, l'esercizio dello *ius aedificandi* da parte del privato potrebbe essere subordinato in parte alla cessione di aree per servizi ovvero alla realizzazione di opere di interesse generale. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale*, op. cit., p. 168.

[344] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale*, op. cit., p. 180 e ss..

Attraverso infatti meccanismi di natura puramente contrattuale, al riconoscimento della maggior edificabilità attribuita nella fase di sviluppo dinamico del piano, seguiva il formale impegno del privato alla realizzazione di dotazioni infrastrutturali ulteriori rispetto a quelle previste dalle tabelle parametriche di derivazione regionale, compensative del vantaggio conseguito, in termini di maggior trasformabilità del suolo[345].

Il meccanismo applicativo così delineato, funzionale alla miglior realizzazione della città pubblica, suscitò tuttavia, sin da subito, talune perplessità concernenti la legittimità medesima del sistema. Da un lato, infatti, l'avocazione di gran parte della volumetria dinamica all'amministrazione sembrava surrettiziamente dar luogo ad un'espropriazione larvata dello *ius aedificandi*; dall'altro, invece, l'imposizione di extra oneri, ancorché in via negoziale, sembrava collidere con il principio di legalità di cui all'art. 23 Cost., nella parte in cui, espressamente lega l'imposizione di prestazioni patrimoniali alla presenza di una espressa norma di legge[346].

I dubbi concisamente descritti, aventi altresì trovato seguito in alcune pronunce del giudice di merito, furono tuttavia fugati dal Consiglio di Stato, il quale, con un insieme di pronunce di contenuto analogo spinse nel verso del pieno riconoscimento della legittimità delle scelte dell'amministrazione capitolina[347].

La "mossa di cavallo" del Consiglio di Stato fu, in particolare, quella di ricondurre la questione degli oneri esorbitanti nel perimetro del principio della consensualità di per sé idoneo a superare, come chiarito da Giannini, l'efficacia del principio di legalità[348].

---

[345] Si tratta, in tal caso, di "accordi procedimentali a struttura corrispettiva" (Aicardi) mediante i quali l'autorità ha modo di acquisire utilità che diversamente sarebbero precluse in assenza dello strumento negoziale. Naturalmente, tali utilità devono essere conformi con l'ordinamento e ciò sia nel caso in cui si acceda alla tesi secondo cui gli accordi amministrativi sono istituti pubblicistici sia in quella antitetica per cui si tratterebbe di istituti privatistici. Cfr. S.MORI, *Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche: spunti di riflessione*, op. cit., p. 484.

[346] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale*, op. cit.; Sulla necessaria tipicità dei poteri dell'amministrazione cfr. E.CASETTA in *Provvedimento e atto amministrativo*, voce in Dig. Disc. Pubblic., vol. XII Torino, 1997, p. 251, secondo cui:*"l'ordinamento non può tollerare che il tipo di effetto prodotto dal provvedimento amministrativo (...) subito dal privato, e la scelta dei caratteri dell'atto a tal fine necessari, siano rimessi alla volontà dell'Amministrazione stessa. Di qui l'esigenza di una predifinizione del tipo di vicenda giuridica prodotto dall'esercizio del potere"*

[347] Cfr. Cons. St. , Sez. IV, nn. 4542, 4543, 4544, 4545, 4546/2010.

[348] Cfr. M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo,* III ed., vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 89; in questo senso cfr. A.TRAVI, Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità, in Dir. Pubblico,

In particolare, nella prospettiva del giudice amministrativo, non sussiste vincolo di legalità alcuno nella misura in cui le parti negoziano liberamente il contenuto delle prestazioni assunte, ancorché in misura eccedente rispetto a quelle tipicamente previste dalla norma di legge.

In tal caso infatti, ciò che rileva è un mero incontro di volontà libere che, nella valutazione del comune fine perseguito, valutano la piena congruenza e adeguatezza delle obbligazioni pattuite[349].

In altri termini, ciò che viene giuridicamente in essere non è una prestazione patrimoniale imposta bensì un'obbligazione liberamente pattuita dalle parti nel quadro di una relazione dinamica sinallagmatica, in cui il vantaggio conseguente dalla maggior quota di edificabilità acquisita, viene compensato dalla maggior dotazione di infrastrutture pubbliche imputabile al privato.

Attraverso le pronunce descritte, il Consiglio di Stato poté quindi inaugurare un complesso sistema di meccanismi negoziali teso alla cattura del valore della maggior edificabilità concessa funzionale a supplire a finalità di pubblico interesse[350].

In altri termini, all'ombra della norma di legge, dalla prassi amministrativa, nonché dal coevo formante giurisprudenziale, emersero dunque innovativi sistemi di pianificazione capaci di lenire la patologica crisi finanziaria dei comuni nonché di innescare, al contempo, meccanismi finalizzati a garantire la piena ed effettiva realizzazione della "citta pubblica"[351].

1995, p. 95, secondo cui: *"l'art. 11 della l. 241 realizzerebbe un risultato opposto a quello ricercato dal Legislatore: non costituirebbe uno strumento per equilibrare il contenuto del provvedimento con gli interessi del cittadino, ma costituirebbe uno strumento attraverso il quale l'Amministrazione potrebbe garantirsi risultati non consentiti dal principio di legalità";* Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., p. 180.

[349] Il descritto orientamento interpretativo ha trovato proficuo seguito nella giurisprudenza. Sul punto si segnalano: Cons. St., Sez. IV, 1 aprile 2011, n. 2040; Sez. IV, 22 gennaio 2013, n. 351; Tar, Lombardia, Brescia, Sez. I, 31 gennaio 2011, n. 193; Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 5 ottobre 2012, n. 2469.

[350] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale*, op. cit. 181.

[351] In sede di conversione del d.l. 133 del 2014 il Legislatore, attraverso una modifica dell'art. 16 del Testo Unico edilizia, ha peraltro provveduto a recepire l'orientamento giurisprudenziale descritto in materia di extra-oneri. In base al nuovo art. 16, c.4, lett. d-*ter)* è infatti previsto che l'incidenza degli oneri di urbanizzazione, primaria e secondaria, è stabilita sulla base di criteri tipicamente descritti, fra i quali rileva, in particolare, *"la valutazione del maggior valore generato da interventi su aree o immobili in variante urbanistica, in deroga o con cambio di destinazione d'uso. Tale maggior valore, calcolato dall'amministrazione comunale, è suddiviso in misura non inferiore al 50 per cento tra il comune e la parte privata ed è erogato da quest'ultima al comune stesso sotto forma di contributo straordinario, che attesta l'interesse pubblico, in versamento*

Il progressivo affermarsi delle tecniche perequative ha contribuito peraltro a favorire, nel tempo, la proliferazione di meccanismi di circolazione dei diritti edificatori, posti in essere, sia tra autorità pubblica e privato, che tra privati[352].

---

finanziario, vincolato a specifico centro di costo per la realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento, cessione di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale sociale od opere pubbliche." Il comma d ter) introdotto spinge quindi, come anticipato, a dare copertura legislativa a pratiche urbanistiche emerse nell'esperienza dell'urbanistica negoziale, pur restringendone l'ambito applicativo a tre specifici casi: interventi in variante, in deroga o con cambio di destinazione d'uso (Cfr. P.URBANI, *Le modifiche a TU n. 380/2001 dopo la L. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica,* op. cit., p. 241). Ancorché il Legislatore, attraverso la disposizione esaminata, abbia fornito adeguata certezza all'istituto, permangono tuttavia talune perplessità. In primo luogo, non è chiaro se la norma costituisca o meno principio vincolante per il legislatore regionale. Sebbene il tenore della disposizione, nella parte in cui esige un contributo non inferiore al 50%, spinga per la soluzione affermativa, è interessante notare come il successivo c. 4-*bis,* prevede comunque che siano fatte salve le disposizioni regionali e degli strumenti urbanistici generali. Se tale interpretazione dovesse risultare corretta si dovrebbe quindi desumere che l'intera disciplina dettata dal d-*ter* sarebbe cedevole a fronte, altresì di un atto amministrativo generale quale lo strumento di pianificazione urbanistica. Ancorché inoltre il c. d-*ter* non contenga uno specifico riferimento, si ritiene inoltre che la previsione del contributo straordinario debba essere concordata in sede di convenzione non essendo infatti diversamente concepibile una determinazione unilaterale dell'autorità. Altro problema lasciato aperto dalla disposizione è, ancora, il presupposto del contributo. Sul punto, si ritiene che, in caso di varianti, sia necessaria una modifica dello strumento urbanistico generale e non dunque di atti di pianificazione attuativa. Analoghe considerazioni valgono con riferimento al mutamento di destinazione d'uso già ammessi nello strumento urbanistico generale. Da ultimo, non risulta altresì chiaro, con riferimento alle modalità di corresponsione del contributo se il versamento finanziario o la cessione gratuita di aree. Cfr. BORELLA, *Accordi di pianificazione, perequazione e premialità alla luce delle novità legislative (l. n. 164 del 2014 c.d. "Sblocca Italia")*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2015, pp. 341 e ss.

[352] G.P.,CIRILLO, *La trascrizione dei 'diritti edificatori' e la circolazione degli interessi legittimi,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013; L'emersione delle tecniche perequative nonché con esse di quelle compensative e premiali, ha posto, tradizionalmente, l'accento sul fenomeno della circolazione dei diritti edificatori, ovvero, sull'insieme di operazioni negoziali aventi ad oggetto il trasferimento dell'edificabilità attribuita dagli strumenti di pianificazione. Com'è noto, il contratto di cessione di cubatura, nella sua più intima connotazione, rappresenta il contratto mediante il quale il potenziale volumetrico di una certa area viene speso su un determinato suolo, parimenti edificabile. Ciò che rileva, nel perimetro delle presenti fattispecie, è quindi uno scambio di edificabilità che si realizza all'interno del territorio comunale, a prescindere dal transito delle aree dalle quali la medesima promana. Esperienza pioneristica, in tema di circolazione dei diritti edificatori, è senz'altro quella statunitense del *Trasfert of developmets rights,* ove, invero, l'introduzione della circolazione dei diritti edificatori fu strettamente legata alla tutela del diritto di proprietà le cui compressioni non possono che essere remunerate attraverso una *just compensation.* In tale ordine di ragioni celebre è il caso della *Penn Cenral Transportation Company* del 1978 scrutinato e deciso dalla Supreme Court. La *Penn Cenral Transportation Company* era proprietaria sia del *Grand Centre Terminal* sia di una serie di immobili siti in aree limitrofe. In particolare, la disciplina comunale prevedeva su tali immobili la possibilità di utilizzare la cubatura non spendibile sul *Grand Centre Terminal* allora, infatti, gravata da un vincolo storico-artistico. La legittimità costituzionale del suddetto limite fu quindi sollevata innanzi alla Supreme Court, la quale, invero, individuò l'idoneità della misura compensativa, attribuita dalla disciplina locale, a garantire un'adeguata tutela della proprietà privata. La cessione dei diritti edificatori rappresenta tematica contenutisticamente complessa che ha tradizionalmente posto un insieme di interrogativi di difficile soluzione. In disparte l'annoso problema dell'individuazione della relativa natura giuridica, i diritti

Molto spesso, infatti, gli strumenti di pianificazione hanno riconosciuto la libera circolazione dell'edificabilità fra comparti edificatori strutturalmente allocati in differenti aree del territorio urbano.

La *ratio* sottesa al predetto modello è quella per cui anche l'edificabilità attribuita ad aree esterne al comparto può concorrere alla trasformazione dello stesso, realizzando quindi modelli di urbanizzazione complessi tesi al perseguimento di un vantaggio proprio della collettività complessivamente intesa e non della singola area urbana.

In tal caso, infatti, a fronte della cessione gratuita di un'area, l'edificabilità convenzionalmente acquisita da un comparto, di cui si richiede la conservazione, viene spostata in altro adibito a trasformazione, ripartendosi, contestualmente, gli oneri urbanizzativi connessi all'operazione, fra le aree interne ed esterne al comparto medesimo[353].

---

edificatori hanno recentemente sollecitato la riflessione dogmatica in merito all'introduzione di formule capaci di ottimizzarne la circolazione. In altri termini, oggetto di disamina, nella lettura, è l'individuazione di quei mezzi idonei a catalizzare la realizzazione di operazioni negoziali aventi ad oggetto il trasferimento di volumetrie all'interno di un mercato trasparente e organizzato. A tale riguardo un'esperienza di per sé significativa è quella del Comune di Milano il quale, al fine di agevolare, la circolazione delle capacità edificatorie, ha gettato le basi per la realizzazione di una borsa dei diritti edificatori. Analoga soluzione era stata invero già seguita in Veneto dove, infatti, già nel 2006, si era ipotizzata la creazione di una società sistema scambi diretta a fluidificare e assicurare la circolazione dei diritti edificatori. Nell'immaginario collettivo non sono pochi peraltro coloro che adombrano la possibilità di una borsa, banca o tesoreria comunque denominata dei diritti edificatori cui affidare i compiti di coordinamento del sistema perequativo nonché di fluidificazione dell'incontro fra domanda e offerta del mercato di riferimento. In particolare, tale istituzione potrebbe essere utile ad implementare l'efficienza del governo del territorio coadiuvando quindi l'amministrazione nel ruolo di regolatore del mercato dei diritti edificatori. Cfr. G.A.PRIMERANO, *La circolazione dei diritti edificatori: verso un nuovo mercato?*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2017, pp. 562-566. Dalla circolazione dei diritti edificatori nel novero delle misure perequative, deve adeguatamente distinguersi quella della cessione di crediti edilizi nell'ambito di meccanismi compensativi, nonché in caso di misure premiali. Nel primo caso, ciò che viene in rilievo è una misura compensativa a ristoro del "peso" apposto su un bene ritenuto necessario al soddisfacimento di un interesse pubblico. In atri termini, nei modelli compensativi, il ristoro all'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio deriva, non già, attraverso l'erogazione di un indennizzo monetario, quanto, più correttamente, per mezzo della cessione di una volumetria sfruttabile, economicamente, da parte del proprietario. Nell'ipotesi, invece, della premialità edilizia, l'acquisto del diritto edificatorio è connesso alla realizzazione, da parte del privato, di un intervento socialmente utile, predefinito, dalla norma di legge ovvero dagli strumenti di pianificazione. Dalla realizzazione del pubblico interesse segue quindi il conseguimento, in via premiale, di volumetrie comunque spendibili da parte dei privati. Cfr. A.E.MADERA, *Il regime di circolazione dei titoli volumetrici derivanti dagli strumenti perequativi,* in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2012, pp. 577-579.

[353] Primo esempio di tale modello è rappresentato dal PRG di Ravenna, avente consentito al comune di acquisire senza oneri un quantitativo di aree finalizzate alla realizzazione di una *green belt,* oltre

Da questo punto di vista, è possibile affermare come negli strumenti di pianificazione perequativa si assiste ad un'intensificazione dei trasferimenti e commercializzazione dei diritti edificatori già da tempo sperimentate in realtà estere, quale quella statunitense[354].

A dispetto della posizione descritta, giova peraltro ricordare, come non manchi chi ritiene la circolazione dei diritti edificatori non completamente libera, sussistendo, invero, appositi limiti alla medesima[355].

Con riferimento ai rapporti intercorrenti fra privati, la giurisprudenza ha, infatti, chiarito come la circolazione dell'edificabilità debba avvenire, in presenza di aree munite della stessa destinazione urbanistica nonché nel rispetto dell'indice

---

alla possibilità di riqualifica della darsena. Si trattò di una prima significativa variante all'istituto del comparto all'art. 23 della legge urbanistica, l'idea di più comparti fra i quali potessero liberamente transitare i diritti edificatori, che precedette di poco il successivo modello di perequazione a priori o generalizzata. Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit., pp. 147-148.

[354] La creazione dei diritti edificatori su alcuni suoli, nonché la relativa commercializzazione su altri, ammessi ad edificabilità, rappresenta, infatti, come visto, pratica storicamente diffusa negli Stati uniti d'America. In tale contesto, l'obiettivo perseguito dal *Transfert of Development Rights* (TDR) è, tradizionalmente, quello della salvaguardia di siti di particolare interesse, che risulterebbero vituperati da qualsivoglia forma di trasformazione (sul caso della Grand Centre Terminal cfr. nota n. 341). La nascita del TDR si innesta quindi nel plesso di contenziosi avviati dai proprietari contro le scelte di pianificazione del suolo tese ad interdire, per il perseguimento delle descritte finalità conservative, beni di particolare pregio e rilievo pubblicistico. Le modalità di trasferimento dei diritti edificatori sono sostanzialmente due. Nella prima, la cessione coinvolge una proprietà cedente ed una acquirente (in genere un promotore immobiliare che impiega i diritti acquisiti per implementare la capacità edificatoria dei propri suoli). Nella seconda, invece, un'istituzione finanziaria, ovvero una vera e propria banca TDR, istituita da un soggetto pubblico, acquista i diritti edificatori in vista della loro futura cessione, ogniqualvolta il mercato non sia in grado di assicurare spontaneamente, la commercializzazione dell'edificabilità. In comune con l'esperienza italiana quella statunitense attraverso il meccanismo del TDR persegue la finalità della parità di trattamento delle proprietà fondiarie coinvolte nei processi di pianificazione. Al contrario, il modello americano si distingue, da quello interno, sotto due differenti profili. In primo luogo, il fine del sistema del TDR è quello esclusivamente compensativo ovvero quello di compensare il privato da scelte urbanistiche per lo stesso pregiudizievoli in quanto tese alla protezione del pregio di un dato sito attraverso la sua inedificabilità. Al contrario, nell'esperienza italiana, la cessione dei diritti edificatori, nei meccanismi perequativi, appare legata alla dotazione degli spazi urbani delle dovute infrastrutture. In secondo luogo, come contrariamente all'esperienza interna, negli Stati Uniti, è prevista la possibilità che gli enti pubblici si dotino di strumenti finanziaria, ovvero le banche TDR prima descritte, funzionali all'acquisto dei diritti edificatori, idonee a sollecitarne la circolazione. Cfr. S.STANGHELLINI, *Piani urbanistici, proprietà del suolo e mercato immobiliare: considerazioni sul governo del territorio negli Stati Uniti d'America. In transfert of development rights negli USA*, in Strumenti per il governo del territorio, Perequazione urbanistica e Borsa dei diritti edificatori (a cura di Marcello De Carli), Francoangeli, 2007, pp. 47-50.

[355] Cfr. N.DURANTE, *Scelte urbanistiche ed effetti perequativi*, in sito di giustizia amministrativa, 13 maggio 2019.

territoriale e del complessivo carico urbanistico della zona interessata dal trasferimento[356].

Maggiori restrizioni rilevano, inoltre, in relazione alle operazioni intercorrenti fra pubblico e privato concernenti l'urbanizzazione del territorio, le quali, invero, non possono essere congeniate in modo da disattendere il contenuto e funzione degli standard urbanistici, tradizionalmente concepiti *"come indicatori minimi della qualità edificatoria (e così riferiti ai limiti inderogabili di densità edilizia, di rapporti spaziali tra le costruzioni e di disponibilità di aree destinate alla fruizione collettiva) e come tali destinati a connettersi direttamente con le aspettative dei fruitori dell'area interessata*"[357].

Lo standard, infatti, secondo tale giurisprudenza, deve essere strettamente correlato, dal punto di vista spaziale, all'intervento edilizio realizzato, non potendosi quindi, diversamente, foraggiare, meccanismi idonei a compromettere la suddetta relazione, minando, per l'effetto in radice, la funzione dello standard di rendere fruibile il territorio urbano.

Conseguentemente, alla luce delle suddette considerazioni, è stato dunque ritenuto illegittimo l'accordo per mezzo del quale il privato, a fronte della variazione della destinazione urbanistica di un immobile privo dei dovuti standard, abbia assunto l'obbligo di realizzare gli interventi di risistemazione di un'area pubblica ubicata in una zona né contigua, né altrimenti, funzionalmente collegata a quella dell'intervento edilizio ammesso in variante[358].

L'orientamento descritto sembrerebbe tuttavia travisare, nella sua rigidità, le novità connesse ai sistemi di pianificazione perequativa[359].

Nel quadro dei nuovi sistemi di pianificazione, si assiste infatti ad un radicale superamento della rigida e risalente logica del d.m. del 1968 a favore di una

---

[356] Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 21 novembre 2016 n. 4861; Secondo Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 8 aprile 2016 n. 1398, in ordine all'impossibilità di far transitare edificabilità tra zone munite di differenti indici di edificabilità.

[357] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 10 febbraio 2014 n. 616.

[358] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, sentenza 10 febbraio 2014 n. 616; I.CACCIAVILLANI, *La perequazione in sede di adozione degli strumenti urbanistici*, in LexItalia, n.3/2014.

[359] Cfr. P.URBANI, *Politiche urbanistiche tra coesione sociale e mercato: una introduzione*, in Politiche urbanistiche e gestione del territorio, tra esigenze del mercato e coesione sociale, Giappichelli, 2015, p. 6.

pianificazione flessibile volta ad individuare l'urbanizzazione in relazione alle effettive esigenze della collettività[360].

Nel sistema di pianificazione del d.m. le opere di urbanizzazione erano invero concepite come infrastrutture serventi rispetto all'edificabilità cui accedevano. Al contrario, nell'attuale fase dell'urbanistica solidale, il rapporto descritto si inverte, essendo infatti l'edificabilità medesima concessa a servizio dell'urbanizzazione del territorio.

Più in generale, giova ricordare, come nell'urbanistica perequativa le dimensioni territoriali e le scelte di pianificazione attuativa non sono più ancorate alla mera edificabilità di singole aree bensì guardano alla sostenibilità territoriale, ovvero alla *mixitè,* degli interventi ammessi. In altri termini, sono le scelte di pianificazione che, in rapporto alle caratteristiche delle singole aree di intervento, specificano il *quantum* delle opere da realizzare in concreto[361].

Quanto detto appare di sé evidente nella misura in cui si rileva come gli strumenti di pianificazione perequativa non fanno più leva sulla rigida idea di zona urbanistica entro cui perimetrare l'intervento di trasformazione quanto invece sulla più elastica nozione di ambiti, distretti e unità territoriali[362]

Alla luce di tali premesse, l'orientamento descritto appare dunque criticabile nella parte in cui, nell'annullare la previsione dell'intervento mutualistico di opere di urbanizzazione richieste al privato, in cambio della variazione urbanistica favorevole dell'area, non coglie l'attuale evoluzione del sistema di pianificazione: se mutano le modalità di individuazione degli ambiti oggetto di trasformazione edilizia, non può che mutare altresì la modalità medesima di realizzazione degli standard di riferimento[363].

---

[360] Cfr. P.URBANI, *Politiche urbanistiche tra coesione sociale e mercato: una introduzione*, op. cit., p. 6.
[361] Cfr. P.URBANI, *Politiche urbanistiche tra coesione sociale e mercato: una introduzione*, op. cit., p. 6.
[362] Cfr. P.URBANI, *Politiche urbanistiche tra coesione sociale e mercato: una introduzione*, op. cit., p. 6.
[363] Cfr. P.URBANI, *Politiche urbanistiche tra coesione sociale e mercato: una introduzione*, op. cit., p. 6.

Misure perequative e accordi al vaglio della proporzionalità.

A dispetto delle considerevoli potenzialità connesse all'implementazione dei modelli perequativi, nonché degli annessi strumenti negoziali, non vi era, invero, nel quadro delle esperienze regionali che per prime disciplinarono il fenomeno, un espresso obbligo di adozione degli stessi[364].

La decisione in merito alla concreta forma da attribuire agli strumenti di pianificazione era dunque svolta, dalle singole amministrazioni, nel rispetto del principio generale della proporzionalità-idoneità dello strumento di piano rispetto al plesso degli obiettivi, di volta in volta, perseguiti.

In relazione alla legittimità delle predette scelte, decisive indicazioni sono state quindi formulate dalla stessa giurisprudenza, la quale, infatti, ha affermato come la verifica in merito alla possibilità di adottare soluzioni perequative-compensative rappresenta un passaggio preliminare indefettibile, da esplicitare in motivazione. In altri termini, secondo Consiglio di Stato, laddove il piano si prefigga l'obiettivo di acquisire aree vaste, l'uso degli strumenti di pianificazione perequativa appare necessario[365].

Più in particolare, la giurisprudenza si è cimentata nella verifica, non solo, della congruità della scelta perequativa, nella sua configurazione astratta, quanto anche dell'adeguatezza della misura adottata rispetto all'obiettivo realizzato nella sua applicazione concreta[366].

---

[364] Cfr. E.BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, op. cit., p. 107; sul rapporto fra strumenti urbanistici e proporzionalità vedi anche S.VILLAMENA, *Proporzionalità e governo del territorio. Tecniche di controllo nella giurisprudenza amministrativa recente*, Rivista giuridica dell'urbanistica, 2015, pp. 634 e ss.

[365] In tale ordine di ragioni, la motivazione di una delibera di reiterazione del vincolo deve quindi dar conto del mancato impiego, nel caso concreto, di strumenti perequativi. La perequazione e la compensazione consentono infatti, un più agevole perseguimento del pubblico interesse, arrecando, contestualmente, un minor sacrificio del privato nel rispetto della logica del "mezzo più mite" (*Gebot des mildesten Mittels*). Cfr. E.BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, op. cit., p. 107.

[366] Significativo appare in tal senso il richiamo a due distinte pronunce del giudice amministrativo in sede di impugnazione degli strumenti di governo del territorio dei comuni di Bassano del Grappa e Padova. Nel primo caso, con la sentenza 21 agosto 2006, n. 4833, il Tar del Veneto ha annullato alcune delle previsioni del PRG, che prevedevano una riserva pubblica del 50% della volumetria complessivamente assegnata. La misura, a detta del giudice veniva a comprimere

Nel perimetro dell'urbanistica "post vincolistica" la pianificazione transita quindi attraverso schemi operativi elastici, i quali, anziché comprimere unilateralmente l'interesse dei privati, favorisce, al contrario, una spontanea adesione degli stessi alle scelte di pianificazione, tesa a meglio contemperare gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'urbanizzazione del territorio[367].

L'emersione degli strumenti perequativi, nonché degli annessi moduli convenzionali, è stata quindi svolta alla luce della regola aurea della proporzionalità, costituente, come noto, uno fra i principi generali dell'attività amministrativa, tanto di diritto pubblico quanto di diritto privato, di cui all'art. 1 della l. 241 del 1990[368].

---

ingiustificatamente, senza soluzioni di ristoro costituzionalmente garantite, il contenuto minimo della proprietà, consentendo quindi di censurare il piano in quanto fonte di vincoli espropriativi larvati. Nel secondo caso invece, il Consiglio di Stato con la sentenza del 22 gennaio 2010, n. 216, è stato chiamato a decidere in sede di impugnazione su una sentenza del Tar del Veneto avente in primo grado annullato alcune delle disposizioni del PRG di Padova. Secondo il giudice di prime cure anche in questo caso non poteva che trattarsi di un piano recante vincoli sostanzialmente espropriativi: le prescrizioni urbanistiche infatti prevedevano oltre che un indice di edificabilità in misura di 0,25 mc/mq sul 20% della superfice, anche un obbligo di cessione dell'80% della superfice al Comune. Tuttavia il Consiglio di Stato ribaltando la decisione di primo grado ha ritenuto le misure legittime in quanto la volumetria concessa veniva computata non sulla sola porzione del 20% della superficie interessata dalle norme del piano quanto sull'intero lotto costituendo questo sufficiente misura compensativa alla cessione della residua parte di area al Comune. Riprendendo le parole del giudice amministrativo *"... è vero invece che la volumetria edificabile, rapportata alla superfice territoriale di zona e quindi alle dimensioni del lotto e commisurata all'indice edificatorio valevole per la zona di perequazione, viene calcolata sull'intero lotto e quindi comprendendo anche le superfici che saranno destinate alla cessione. Pertanto, la cessione dell'area non è elemento tale da incidere sul calcolo della volumetria realizzabile..."* Cfr. P.URBANI-S.CIVITARESE, *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti,* op. cit., pp. 161-163.

[367] Cfr. A.POLICE, *Strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in Rivista giuridica dell'edilizia, 2004, p. 1.

[368] Per un'approfondita disamina sul principio di proporzionalità Cfr. Cfr. A.M.SANDULLI, *La proporzionalità,* Padova, Cedam, 1998; Come correttamente evidenziato in dottrina, la natura trasversale del principio di proporzionalità si desume agevolmente da diversi istituti regolati nella l. 241 del 1990. Le prime disposizioni in relazioni alle quali il presente principio viene in rilievo sono quelle relative alla fase dell'istruttoria nonché di quella decisoria. In tale caso infatti, si è sostenuto come il principio di proporzionalità plasmi le suddette fasi in modo capillare e completo imponendo una profonda analisi delle diverse scelte concretamente percorribili. Tra gli istituti in relazione ai rileva la presente correlazione figurano, in primo luogo, quelli concernenti la partecipazione del privato al procedimento di cui all'art. 7 nonché l'intervento, al successivo art. 9, di altri soggetti portatori di interessi pubblici o privati, anche di natura diffusa. Nelle ipotesi descritte è infatti di tutta evidenza come solo l'apertura del procedimento agli interessi incisi dal potere consente all'autorità di procedere ad una ponderazione completa ed approfondita dei possibili interessi confliggenti con l'interesse pubblico principale al fine di addivenire alla adozione della soluzione ottimale rispetto al caso di specie. Le considerazioni svolte si attagliano altresì all'istituto della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di cui all'art. 10-*bis* che consente al privato la cui istanza sia nell'intenzione dell'amministrazione da rigettare di produrre documenti e osservazioni tali da indurre all'accoglimento della medesima. Anche in tal

Senza alcuna pretesa di esaustività, il principio di proporzionalità, che viene qui in rilievo, può essere definito, nel suo più intimo significato, come *senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale*[369].

In linea con tale prospettiva, la proporzionalità è quindi intesa come metro dell'azione del soggetto pubblico che insistendo sul delicato crinale del dialogo fra autorità e libertà limita il potere dell'amministrazione a favore della tutela della libertà personale del soggetto direttamente inciso dal potere[370].

In linea con la manualistica tradizionale, la verifica di proporzionalità si snoda attraverso un'indagine trifasica tesa all'accertamento: dell'idoneità della misura rispetto allo scopo da raggiungere; della necessità della medesima; dell'adeguatezza del mezzo impiegato con il fine in concreto perseguito[371].

In particolare, l'idoneità (*Geeignetheit*) pone in relazione la misura adottata con l'obiettivo da raggiungere, dovendosi quindi escludere le divere misure che

---

caso, infatti, ciò che rileva è un approccio secondo proporzionalità che attraverso un continuo dialogo fra autorità e libertà spinge nel verso dell'adozione della soluzione più "giusta" e proporzionata rispetto al caso di specie. La presenza dell'istituto di proporzionalità oltre che ravvisabile negli istituti partecipativi è altresì desumibile in quello della motivazione, di cui all'art. 3, mediante il quale l'autorità individua le ragioni in fatto e in diritto sottese alla determinazione assunta. La connessione con il principio di proporzionalità appare evidente nella misura in cui è solo con la motivazione che si ha modo di dedurre quelle ragioni sottese alla scelta dell'autorità in relazione alle quali la medesima appaia giusta e proporzionata. In aggiunta ai riferimenti indicati è interessante notare come la dottrina abbia altresì applicato il canone della proporzionalità all'attività di diritto privato dell'amministrazione nonché segnatamente all'istituto dell'accordo di cui all'art. 11 sul quale ci si soffermerà più diffusamente nel prosieguo del presente paragrafo. Cfr. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., pp. 259-272.

[369] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza, 22 gennaio 2015, n. 284.

[370] L'idea della proporzionalità come misura dell'azione del soggetto pubblico risulta plasticamente tracciata nel pensiero del Sandulli. L'Autore, infatti, nella complessa e nota opera dedicata al presente principio afferma come embricato nella valutazione di proporzionalità sia la verifica dell'adeguatezza e necessità del sacrificio imposto all'interesse del privato in relazione al fine pubblico perseguito. Da tali premesse, deriva, conseguentemente, che la proporzionalità attiene più propriamente alla misura e *quantum* del potere amministrativo rinvenendo la propria giustificazione negli artt. 3, 97 e 113 Cost. nonché in quel principio "inespresso" di giustizia sostanziale che presiede e governa il controllo di legittimità del giudice amministrativo. Da quanto detto si coglie quindi agevolmente la netta distinzione intercorrente fra ragionevolezza e proporzionalità, concetti sovente associati e sovrapposti in improprie ibridazioni concettuali e dogmatiche. Mentre, infatti, attraverso la verifica di ragionevolezza l'amministrazione guarda alla qualità degli interessi oggetto di ponderazione, compiendo quindi un percorso che giustifica la decisione assunta, al contrario la proporzionalità guarda alla adeguata intensità del potere, operando al contrario una corretta misurazione del sacrificio imposto all'interesse del privato in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico. Cfr. A.M.SANDULLI, *La proporzionalità,* op. cit., p. 316-322.

[371] Cfr. M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 160.

appaiono inadeguate rispetto alla realizzazione dello scopo prefissato; la necessarietà (*Erforderlichkeit*) nota altresì come *"regola del mezzo più mite"*, mette invece a confronto i diversi mezzi ritenuti astrattamente idonei, orientando la scelta su quello che implica il minor sacrificio degli interessi incisi dal provvedimento; l'adeguatezza (*Angemessenheit*) impone da ultimo una verifica della scelta in termini di tollerabilità della compressione della sfera giuridica del destinatario del provvedimento, al fine di escludere che le restrizioni patite dal destinatario del medesimo siano sproporzionate rispetto al fine perseguito[372].

Attraverso la verifica di proporzionalità si perviene quindi ad incisivo scrutinio della scelta dell'amministrazione teso ad appurare, per riprendere una nota formula del Fleiner, "*se per sparare ai passeri si è impiegato un cannone"*[373].

La nozione di proporzionalità così concisamente resa, reca quindi un'idea di una giustizia sostanziale, saldamente ancorata al caso di specie, che rifugge, in quanto tale, da qualsivoglia ricostruzione astratta e aprioristica.

Ciò che rileva, in punto di verifica della proporzionalità dell'azione amministrativa, è infatti un apprezzamento meramente parametrico, tarato in rapporto alla fattispecie di volta in volta analizzata, che il giudice svolge attraverso uno stringente sindacato della concreta scelta adottata dell'autorità.

Attraverso la presente verifica, infatti, il giudice si insinua fra le pieghe della decisione del soggetto pubblico, guardando direttamente al *quantum* nonché alla sostanza del potere esercitato, realizzando uno scrutinio, che pur confinato entro lo spettro della verifica di legittimità, si spinge sino ai limiti del merito amministrativo[374].

La verifica in esame risulta, peraltro, nel suo concreto svolgimento, particolarmente ostica in presenza di strumenti amministrativi complessi, quali l'accordo pubblico-privato.

In tal caso, infatti, complice l'indubbia componente patrimoniale dello scambio, appare di per sé complesso individuare, non solo, quando uno scambio possa ritenersi di per sé congruo e adeguato rispetto al fine perseguito, ma altresì quando,

---

[372] Cfr. M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 160.
[373] Cfr. M.CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 160;.
[374] Cfr. A.M.SANDULLI, *La proporzionalità*, op. cit., p. 416.

eventuali modifiche sul contenuto delle prestazioni, intervenute in corso di esecuzione del rapporto, impongano una ridefinizione del relativo contenuto in rapporto all'interesse pubblico perseguito.

A dispetto delle descritte asperità, occorre comunque ricordare, come l'apprezzamento dell'incidenza dell'interesse pubblico sul contenuto delle prestazioni dedotte in convenzione non può che essere svolto secondo un approccio di tipo qualitativo e non quantitativo.

Ciò che rileva, in altri termini, non è un semplice calcolo di rispondenza del programma negoziale rispetto all'obiettivo perseguito quanto invece l'attitudine del programma, complessivamente inteso, alla piena realizzazione degli interessi pubblici perseguiti[375].

---

[375] In questo senso cfr. Cons. St., Sez. IV, sentenza del 16 giugno 2008, n. 2985 secondo cui: "*Non è sulla base di un rapporto meramente quantitativo che può valutarsi la rispondenza o meno all'interesse pubblico nella scelta di ricorrere al programma integrato di intervento dovendo piuttosto considerarsi se gli interventi di nuova edificazione (maggioritari o minoritari che siano) siano funzionali agli obiettivi di carattere pubblico"*. Indicazioni utili in merito ad un approccio di tipo qualitativo possono altresì essere desunte dalla giurisprudenza emersa in materia di standard urbanistici, di cui al D.M. 2 aprile 1968, n. 1444. Anche in tal caso, infatti è stato affermato come gli standard, anziché costituire un mero dato statico, di natura puramente quantitativa, rappresentano un parametro di natura funzionale il cui contenuto va apprezzato in ragione dell'attitudine a supplire ai concreti fabbisogni propri della collettività. Coerentemente con tale prospettiva, ciò che rileva sul piano dell'urbanizzazione dell'area non è quindi la realizzazione di uno specifico numero di opere, quanto invece l'idoneità concreta delle stesse ad assolvere le funzioni pubbliche proprie. Sulla scorta di quanto detto, la misura ulteriore di opere realizzata, rispetto alla soglia minima indicata dalla norma di legge, dovrà dunque di volta in volta essere apprezzata in funzione dell'interesse pubblico curato, secondo un apprezzamento di natura qualitativa e non quantitativa, accertando quindi se la stessa risulti effettivamente funzionale a soddisfare le esigenze generali del territorio oggetto dell'intervento. Quanto detto trova espressa conferma nella riflessione giurisprudenziale, secondo cui *"Il quadro complessivo emergente dalla giurisprudenza è quello di una marcata attenzione alla funzione stessa degli standard urbanistici, intesi come indicatori minimi della qualità edificatoria (e così riferiti ai limiti inderogabili di densità edilizia, di rapporti spaziali tra le costruzioni e di disponibilità di aree destinate alla fruizione collettiva) e come tali destinati a connettersi direttamente con le aspettative dei fruitori dell'area interessata. Il che comporta, come già notato dalle decisioni che precedono, come il criterio essenziale di valorizzazione e di decisione sulla congruità dello standard applicato sia quello della funzionalizzazione dello stesso al rispetto delle esigenze della popolazione stanziata sul territorio, che dovrà quindi essere posta in condizione di godere, concretamente e non virtualmente, del quantum di standard urbanistici garantiti dalla disciplina urbanistica….scopo della disciplina urbanistica non è la massimizzazione dell'aggressione del territorio, ma la fruizione, privata o collettiva, delle aree in modo pur sempre coerente con le aspettative di vita della popolazione che ivi risiede."* (Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza del 10 febbraio 2014, n. 616). In senso conforme, cfr. Tar Lombardia, Sez. I, Brescia, sentenza del 31 gennaio 2011, n. 193, secondo cui:*"Nelle convenzioni urbanistiche non opera uno stretto sinallagma tra le prestazioni delle parti, nel senso che non vi è una misura stabilita per legge delle prestazioni che i privati devono assumere in cambio dello sfruttamento delle facoltà edificatorie (v. CS Sez. IV 28 luglio 2005 n. 4015; TAR Brescia Sez. I 21 aprile 2010 n. 1580). I privati possono quindi negoziare*

Diversamente ragionando, laddove la predeterminazione dei benefici ed oneri correlati all'operazione fosse svolta secondo logiche puramente economiche si rovescerebbe il principio della pianificazione, ancorando infatti il contenuto del progetto di sviluppo urbanistico all'equilibrio economico finanziario dell'intervento e non alle concrete esigenze del territorio[376].

I profili in relazione ai quali appare di sé pregnante la verifica di proporzionalità possono essere individuati, da un lato, in relazione alla formazione "statica" dell'accordo, mentre, dall'altro, con riferimento alla sua proiezione "dinamica", ovvero in relazione allo sviluppo del rapporto in corso di esecuzione.

Con riferimento alla fase c.d. "statica", la verifica di proporzionalità consente di apprezzare la congruità delle prestazioni rispetto al fine perseguito, così come originariamente concepite dalle parti. In altri termini, mediante la suddetta verifica, il giudice ha modo di scrutinare in modo incisivo l'equità dello scambio, al fine di apprezzare la proporzionalità delle prestazioni assunte dalle parti rispetto al comune scopo divisato.

Da questo punto di vista, come correttamente evidenziato in dottrina, la verifica di proporzionalità consentirebbe di supplire ad una patologica carenza positiva in punto di regolazione della fattispecie degli accordi amministrativi, di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990, nel cui perimetro, come anticipato, sono riconducibili le presenti convenzioni.

Contrariamente infatti all'omologa disciplina tedesca, in relazione alla quale vi è espressa menzione in ordine alla necessaria proporzionalità del contenuto dell'accordo, la disciplina italiana si limita invero a chiarire come lo stesso debba essere concluso "*senza pregiudizio dei diritti dei terzi"* e *"nel perseguimento del pubblico interesse"*[377].

---

liberamente obbligandosi a cedere aree anche in quantità notevolmente superiore al livello minimo degli standard urbanistici. In questa materia i parametri sono infatti qualitativi (adeguata dotazione di strutture al servizio dei nuovi edifici) e non quantitativi (la legge prevede soltanto la soglia minima delle aree a standard)". Più in generale, sull'esigenza di un approccio qualitativo in tema di standard Cfr. P.STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico*, op. cit., p. 68.

[376] Cfr. P.URBANI, *I rapporti pubblico privato nell'attuazione del piano*, in Scritti scelti, (2015), p. 1164; cfr. P.URBANI, Urbanistica solidale, op. cit., p. 219.

[377] Cfr. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 300 e pp. 123-126. Il contratto amministrativo di scambio previsto dall'art. 56 *VwVfG* può essere infatti concluso dall'amministrazione con il privato solo in presenza un insieme di presupposti

Attraverso quindi la verifica di proporzionalità, veicolata per mezzo della clausola dell'eccesso di potere, si apre dunque a un diretto apprezzamento del contenuto complessivo dell'accordo nonché delle singole prestazioni, condotto in relazione alla ragionevolezza della pattuizione nonché all'attinenza delle singole clausole rispetto all'interesse pubblico perseguito[378].

Il controllo sulla proporzionalità dello scambio negoziale realizzato per mezzo dell'accordo, appare peraltro altresì percorribile laddove, sotto differente profilo, si valorizzi la componente squisitamente negoziale degli strumenti in esame.

Come già anticipato nel Capitolo secondo, anche il giudice ordinario, superando una prospettiva di sé risalente e anacronistica del contratto, ha infatti teso nel verso del progressivo ampliamento del proprio scrutinio sul contenuto della pattuizione, giungendo quindi ad apprezzare l'equità e congruità delle prestazioni, in esse dedotte, rispetto allo scopo perseguito.

In altri termini, anche nell'attuale panorama, normativo e giurisprudenziale civilistico, il giudice risulta munito di stringenti forme di controllo sul contenuto del contratto, che hanno dunque contribuito a scalfire, per l'effetto, il pregresso e consolidato "mito" dell'insindacabilità dell'autonomia delle parti[379].

L'apertura ad inedite forme di controllo quali quelle in esame appare invero di sé pregnante con riferimento alla riflessione pretoria emersa in tema buona fede cd. oggettiva, di cui all'art. 1375 c.c., ovvero della buona fede intesa come correttezza

---

tipicamente individuati dalla legge: 1) la prestazione del privato deve essere concordata per il perseguimento di uno scopo ben preciso; 2) l'accordo deve essere strumentale rispetto all'adempimento dei compiti pubblici dell'amministrazione; 3) la prestazione del privato del privato deve essere proporzionata alle circostanze contrattuali complessivamente intese; 4) la prestazione del privato deve essere connessa ad una controprestazione dell'amministrazione tesa al perseguimento di un comune scopo.

[378] Cfr. E.BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 301.

[379] Come correttamente evidenziato in dottrina, il substrato economico del contratto è rappresentato dal principio di utilità marginale. In ossequio a tale paradigma si presume che le parti addivengano ad una pattuizione tale da garantire l'incontro delle rispettive curve di soddisfazione di interessi nel punto più alto consentito. Poiché in tale prospettiva ciascuna delle parti consegue una distribuzione delle risorse considerata ottimale, lo scambio contrattuale, così come concepito, finisce per rendere ambedue le parti soddisfatte. In altri termini, l'allocazione delle risorse, appare non solo efficiente ma altresì giusta. Complice tale premessa, il ruolo del codice civile è dunque quello di consentire che il contratto corrisponda alle effettive preferenze delle parti, intese, quantomeno nell'originaria formulazione del codice, come i migliori giudici dei propri interessi. Cfr. M.FRATINI, *Il sistema di diritto civile*, op. cit., p. 290.

e probità comportamentale che impone a ciascuna delle parti di tenere, in aggiunta a specifici obblighi scaturenti dal contratto, quell'insieme di comportamenti, espressione della generale clausola di cui all'art. 2 Cost., idonei a meglio salvaguardare gli interessi della controparte[380].

L'idea della buona fede quale "grimaldello" idoneo a scalfire l'idea dell'insindacabilità dell'accordo ha trovato invero diretto seguito nella giurisprudenza della Corte Costituzionale la quale, infatti, con due distinte ordinanze, ha riconosciuto un vero e proprio potere-dovere del giudice di rilevare e dichiarare, la nullità, totale o parziale, della clausola contrattuale dal contenuto iniquo, che realizzi quindi un assetto di interessi sproporzionato per una delle parti[381].

Nel tracciare i rapporti fra clausola generale e contratto, il Giudice delle leggi ha dunque spinto nel verso di un'applicazione diretta della norma costituzionale, nel regolamento contrattuale, al fine di garantire, in relazione al caso di specie, un risultato "giusto ed equo"[382].

---

[380] Cfr. Cass., Sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462: "*L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale (specificantesi in obblighi di informazione e di avviso) nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio*"

[381] Cfr. Corte Cost., ord. nn. 248 del 2013 e 77 del 2014. Per una più diffusa analisi Cfr. M.FRATINI, *Il sistema di diritto civile*, op. cit., pp. 300 e ss..

[382] A dispetto dell'indicazione resa è interessante notare come l'idea della buona fede quale norma imperativa idonea a cagionare la nullità della pattuizione iniqua non rappresenti una soluzione condivisa. Secondo infatti parte della giurisprudenza, la buona fede oggettiva costituirebbe una norma cd. di comportamento ovvero una norma che laddove violata determinerebbe, non già l'invalidità della pattuizione, al pari della violazione di norme strutturali, quanto invece, più correttamente una mera responsabilità della parte inadempiente, di natura, precontrattuale o contrattuale, a seconda del momento in cui viene in essere la presente violazione (in questi termini cfr. Cass., S.U., sentenza 19 dicembre 2017, n. 26725). Sull'inidoneità della buona fede a fungere da metro in virtù del quale apprezzare la correttezza in sé di un assetto di interessi pattuito dal contratto cfr. Cass., S.U. 19 ottobre 2017, n. 24675 secondo cui: *"La buona fede è criterio di integrazione del contenuto contrattuale rilevante ai fini dell'esecuzione del contratto stesso (art. 1375 c.c.), vale a dire della realizzazione dei diritti da esso scaturenti. La violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso. In questo senso può allora affermarsi che, in presenza di particolari modalità o circostanze, anche la pretesa di interessi divenuti superiori al tasso soglia in epoca successiva alla loro pattuizione potrebbe dirsi scorretta ai sensi dell'art. 1375 c.c.; ma va escluso che sia da qualificare scorretta la pretesa in sé di quegli interessi, corrispondente a un diritto validamente riconosciuto dal contratto".* Cfr. M.FRATINI, *Il sistema di diritto civile*, op. cit., p. 220.

La stretta relazione descritta, fra proporzionalità e buona fede intesi come mezzi di controllo dell'equità e congruità dello scambio, risulta altresì presente, nella più recente riflessione giurisprudenziale, anche in relazione alla proiezione "dinamica" dell'accordo, ovvero con riferimento allo svolgimento in fase esecutiva dello stesso. Anche in tal caso, infatti, come peraltro anticipato nel Capitolo 2, la giurisprudenza ha spinto verso forme di verifica della proporzionalità della convenzione ogniqualvolta intervenga, in corso di esecuzione, una sopravvenienza "squilibrante", ovvero una sopravvenienza, in fatto o in diritto, capace di alterare l'originario equilibrio contrattuale pattuito dalle parti.

Rappresenta un pregevole seguito delle riflessioni poc'anzi svolte la sentenza del Tar Molise, Sez. I, 17 maggio 2017, n. 184 resa in relazione ad un sopravvenuto squilibrio del contenuto di una convenzione di lottizzazione conclusa fra il Comune di Campobasso e alcuni operatori economici privati[383].

A fronte dell'intervenuta alterazione del sinallagma contrattuale, il giudice amministrativo ha infatti individuato adeguato strumento correttivo nel mezzo privatistico della rinegoziazione. In altri termini, l'intervento, in fase esecutiva del rapporto, di una sopravvenienza squilibrante imponeva, secondo la prospettiva in esame, un vero e proprio obbligo di rimodulazione del contenuto della convenzione, finalizzato a preservare l'equità dello scambio originariamente pattuita.

Nel sostenere la presente soluzione, il giudice amministrativo ha quindi aderito a alcune delle più autorevoli ricostruzioni emerse nel panorama della dottrina civilistica in tema di rinegoziazione del contratto, delle quali, ai fini di una più compiuta comprensione della tematica, si impone una concisa disamina.

---

[383] Il caso esaminato trae origine dalla stipulazione di una convenzione di lottizzazione fra il Comune di Campobasso e la Regione Molise, con alcune società lottizzanti. In particolare, mediante tale accordo, le parti concordavano la realizzazione di interventi di trasformazione edilizia nonché delle connesse opere di urbanizzazione. In uno dei comparti nei quali veniva suddiviso il comprensorio, la società ricorrente avrebbe dovuto realizzare due distinti fabbricati (denominati A e A-1), per i quali l'amministrazione rilasciava autonomi permessi di costruire esigendo, contestualmente, il pagamento dei relativi oneri. In corso di esecuzione dei lavori, la società lottizzante provvedeva tuttavia, da un lato, a mutare, mediante DIA, il contenuto dell'intervento di costruzione per il fabbricato A, mentre dall'altro, rinunciava integralmente alla realizzazione del secondo. A dispetto della sopravvenuta rinuncia, il Comune di Campobasso richiedeva comunque il pagamento degli oneri connessi al permesso rilasciato, suscitando quindi il conseguente ricorso da parte della società intimata avverso la ingiunzione di pagamento.

La rinegoziazione del contratto rappresenta tradizionalmente una problematica che si innesta in quella a più ampio respiro della *"contract governance"*, intendendosi per essa l'insieme di meccanismi, legali o convenzionali, tesi a gestire le criticità emerse nello sviluppo del rapporto[384].

Nel perimetro di tali studi, fra le problematiche che tradizionalmente interessano la dottrina e giurisprudenza, rileva, in particolare, quella concernente la gestione delle sopravvenienze ovvero "*di fatti che intervenendo dopo la conclusione del contratto e prima della sua completa attuazione, mutano il contesto in cui il contratto si attua"*[385].

A dispetto della sua concisione, la definizione riprodotta consente di cogliere plasticamente l'attitudine della sopravvenienza a introdurre nell'esecuzione del rapporto un rischio, individuabile nell'impossibilità di conseguire quell'originaria utilità che il contratto, così come concepito, avrebbe dovuto assicurare[386].

A fronte della presente patologia il problema epistemologico è stato quindi quello dell'individuazione degli strumenti più idonei a garantire un'equa ridistribuzione dei rischi connessi alle sopravvenienze, al fine di assicurare quindi un pieno soddisfacimento dei diversi interessi lambiti dal regolamento contrattuale[387].

Nel quadro delle soluzioni astrattamente perseguibili, il rimedio risolutorio ovvero più in generale, quello di natura caducatoria, nonostante risulti idoneo a liberare la parte gravata dal rischio sopravvenuto, è talvolta concepito come rimedio strutturalmente inefficiente che, infatti, *uccide* e non *cura* il rapporto dalla patologia[388].

---

[384] Cfr. V.ROPPO, *Il contratto,* op. cit., p. 975.
[385] Cfr. V.ROPPO, *Il contratto,* op. cit. p. 941.
[386] Cfr. V.ROPPO, *Il contratto,* op. cit. p. 941.
[387] È di tutta evidenza come la riflessione su rimedi idonei riconoscere strumenti esperibili in favore della parte gravata dal rischio impongano, a monte, l'esigenza di erodere il dogma classico nell'intangibilità del vincolo contrattuale. Non a caso le resistenze emerse in relazione all'emersione di siffatti rimedi hanno, in modo tralatizio, fatto leva sull'idea della intrinseca staticità del contratto arroccata nel principio del *pacta sunt servanda.* Non stupisce dunque come l'emersione degli studi in tema di gestione delle sopravvenienze sia avvenuta a valle della rinnovata idea del contratto, ad oggi sempre più concepito come rapporto che si proietta elasticamente nel futuro, nella cui dinamicità rileva quella fisiologica *tensione fra ansia di liberazione della parte gravata e aspettativa/affidamento di controparte circa la prestazione promessa.* Cfr.V.ROPPO, *Il contratto,* op. cit. p. 945.
[388] Cfr. R.SACCO, *Il contratto,* IV ed., Vicenza, Utet, p. 1709. Quello risolutorio è infatti talvolta rimedio dalle possibili *conseguenze catastrofiche* se esperito in relazione a fattispecie contrattuali

Al contrario conserva il contratto, assicurandone la prosecuzione nel tempo, il rimedio di natura manutentiva della rinegoziazione, la quale, risulterebbe percorribile non solo, laddove le parti abbiano pattuito un'espressa clausola ma altresì in caso di mancanza della medesima.

Ancorché, infatti, il codice del 1942 non rechi un riferimento espresso al problema della sopravvenienza atipica o generale, appare indubbio, come esso, inteso nella sua interezza, offra comunque agevoli spunti idonei a fondare e offrire adeguata copertura positiva a un generale obbligo di rinegoziazione[389].

Tanto le nozioni di equità quanto l'istituto della buona fede in fase esecutiva, di cui all'art. 1375 c.c. rappresentano, infatti, mezzi in virtù dei quali si dà seguito in ambito contrattuale, a una regola di giustizia, ovvero ad una regola, attraverso la quale, i contraenti, sorpresi dall'intervento della sopravvenienza, intraprendono costruttivi itinerari tesi a rimodulare il contenuto del contratto, conservandone, conseguentemente, l'utilità ed equità[390].

La rinegoziazione del contratto si imporrebbe quindi, coerentemente con tale prospettiva, attraverso la clausola di buona fede, la quale, veicolerebbe dunque, nell'ordinamento interno strumenti negoziali di manutentivo, del tutto sovrapponibili a quelli individuati in sede internazionale a livello dei principi *Unidroit,* nel *Draft Common Frame of reference,* e nei *Principles of European contract law*[391].

---

complesse che mirano a realizzare operazioni di lunga durata. Rapporti del genere hanno infatti la caratteristica di dar luogo a relazioni molto intense fra le parti in virtù della quale, ciascuna di esse, organizza la propria attività in relazione di rapporto con l'altra. Cfr.V.ROPPO, *Il contratto,* op. cit. p. 945.

[389] Cfr. R.SACCO, *Il contratto,* op. cit., p. 1710.

[390] Cfr. R.SACCO, *Il contratto,* op. cit., p. 1710.

[391] Rispettivamente si vedano: 1) art 6.2.3: Effetti della clausola di hardship; Art. III – I: 108 Variation or termination by agreement - III – I: 109 Variation or termination by notice - III – I: 110 Variation or termination by court on a change of circumstances; 3) Art. 6:111: Mutamento delle circostanze. Tanto nel caso in cui l'obbligo di rinegoziazione abbia fonte convenzionale quanto in quello in cui tragga fondamento legale dalla clausola di buona fede si pone tradizionalmente il problema di quale sia il rimedio esperibile in caso di inadempimento. In altri termini, ci si chiede quale sia l'azione proponibile dalla parte che abbia patito le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione del contratto. Sul punto, secondo parte della dottrina, si ritiene che la soluzione vada esclusivamente ravvisata nel rimedio risarcitorio. L'impossibilità di esercizio della speciale azione di condanna in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c. risiederebbe infatti nell'impossibilità da parte del giudice di sostituirsi alle parti nella definizione del contenuto del rapporto in ossequio, a quel principio che permea la materia contrattuale, della signoria delle parti. Cfr. E.DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione*, in Riv. Dir. Civ., 2016, 3, p. 801. A

La sentenza esaminata rappresenta quindi un corretto impiego della categoria nonché delle implicazioni dell'obbligo di rinegoziazione dei rapporti contrattuali di durata. A fronte, infatti della sopravvenienza intervenuta in corso di esecuzione della convenzione il giudice amministrativo ha ravvisato la sussistenza dell'obbligo alla rimodulazione del contenuto della stessa, come diretto precipitato della più generale clausola di buona fede.

Il pregio della pronuncia, in disparte le considerazioni svolte, è peraltro quello di aver conferito alla problematica esaminata, in linea con le riflessioni sviluppate nel presente lavoro, una prospettiva propriamente orizzontale. In altri termini, anziché circoscrivere la vicenda nel frangete ad esso più consono del diritto comune, il giudice amministrativo ha al contrario attribuito alla medesima un connotato propriamente pubblicistico, inserendola nella prospettiva e contesto a più ampio respiro dell'azione amministrativa[392].

L'obbligo di rinegoziazione nonché la conseguente riconduzione ad equità delle prestazioni dedotte nella convenzione sublima infatti, a veicolo idoneo a garantire, coerentemente con la logica dell'amministrazione di risultato, i principi di efficienza, efficacia e economicità dell'azione amministrativa, di cui all'art. 1 della L. 241/1990[393], i quali, secondo il giudice amministrativo, sarebbero adeguatamente tutelati solo mediante un contratto contenutisticamente equo, capace quindi di

---

dispetto della soluzione descritta, non mancano peraltro opinioni contrarie tesa a riconoscere la percorribilità del più pregnante rimedio dell'azione di cui all'art. 2932 c.c. Soluzione, a tratti audace che meglio, in una logica di giustizia ed equilibrio contrattuale, arginerebbe quel pericolo che proprio la rinegoziazione mira a prevenire ovvero la distruzione del contratto. Cfr. V.ROPPO, Il contratto, op. cit., p. 973.

[392] La prospettiva seguita dal giudice amministrativo risulterebbe invero del tutto in linea con la riflessione dogmatica emersa in tema dell'amministrazione per accordi, in perfetta linea con gli esiti interpretativi prima descritti. Ancorché, infatti, il perseguimento del fine pubblico non può perciò solo determinare un'alterazione del regime giuridico applicabile ai rapporti negoziali della pa, ciò non esclude che tale interesse, proprio mediante mezzi ricavabili dal diritto comune, possa trovare una sua adeguata composizione. Il riferimento è, in particolare, agli istituti della presupposizione nonché della clausola del *rebus sic stantibus* i quali, flessibilizzando la struttura del contratto, coerentemente con la prospettiva dinamica prima descritta, consentirebbero un costante adeguamento del relativo rapporto alle sopravvenienze intervenute in fase esecutiva. In altri termini, in presenza del mutamento del contesto in relazione al quale il negozio è concluso la funzione non può che "rimettersi in moto" legittimando quindi l'autorità ad incidere sul contratto, pur nel rispetto della buona fede dell'altro contraente. Cfr. S.CIVITARESE-MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato,* op. cit., p. 465 e ss.

[393] Sul rapporto fra accordo amministrativo ed efficienza dell'azione amministrativa, nella logica dell'amministrazione di risultato, cfr. E.BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa,* Padova, Cedam, 2012, p. 289 e ss.

realizzare un'adeguata ponderazione e tutela degli interessi pubblici e privati dallo stesso incisi[394].

Nella stretta e complessa terra di confine dell'amministrazione consensuale la soluzione transita quindi attraverso una prospettiva orizzontale, doverosamente imposta da quella complessa natura ancipite che contraddistingue l'attività medesima[395].

Percorrendo dunque una logica argomentativa di tipo circolare il giudice amministrativo conclude la propria riflessione passando da istituti e strumenti

---

[394] L'obbligo di rinegoziazione è quindi concepito come strumento per il perseguimento degli obiettivi propri del soggetto pubblico. Fra il mezzo privatistico e i principi generali dell'azione amministrativa sussisterebbe dunque un rapporto di coerenza e composizione e non di antitesi. Tale tesi, non sarebbe invero neppure confutata, come correttamente evidenziato dal Tar, dalla copiosa giurisprudenza, europea e nazionale, emersa in relazione al divieto di rinegoziazione dei contratti pubblici conclusi dall'amministrazione e l'operatore economico. La ratio sottesa alla giurisprudenza indicata, risiederebbe, infatti, nelle specificità della contrattualistica pubblica materia oggi di interesse del Legislatore europeo, pervasa dal principio di concorrenza. In particolare, il divieto di rinegoziazione deriverebbe dall'esigenza di impedire che surrettiziamente, attraverso le modifiche del contenuto del rapporto, possa aggiudicarsi un contratto del tutto nuovo in assenza di quel necessario e preliminare confronto competitivo fra operatori economici stimolato, per mezzo della procedura. Tali principi opererebbero tuttavia in relazione alla sola materia della contrattualistica pubblica e non quindi con riferimento ad ipotesi ad essa estranea come quella esaminata dell'esecuzione delle convenzioni di lottizzazione. Ciò peraltro non esclude che anche la materia urbanistica sia stata a più riprese lambita da problematiche concorrenziali di respiro europeo. Si pensi ad esempio alla nota e complessa questione della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo da parte del privato le quali, laddove abbiano un valore economico superiore alla soglia comunitaria impongono, coerentemente con quanto oggi previsto dall'art. 1 del codice dei contratti pubblici, d.lgs. 50/2016, l'indizione di una gara pubblica. Fra le sentenze della Corte di Giustizia in merito al divieto della rinegoziazione del contratto pubblico vedi fra le tante di recente ECJ, 7 settembre, causa C-549/2014. In relazione al problema dei principi dell'evidenza pubblica e gara, dei quali si tratterà più specificatamente nel prosieguo, cfr. M.QUAGLIA, *"Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica (nota a Corte di giustizia delle Comunita` europee, Sezione VI; sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/ 98)"* in *"Rivista di diritto pubblico comunitario"*, fasc. 5, Milano, Giuffrè, 2001, p. 842; E.ROBALDO, *"La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo Codice"* in *Urbanistica e appalti,* 2016*,* n. 7, p. 749.

[395] Tale esito interpretativo si imporrebbe peraltro, in un'alternativa prospettiva pubblicistica, altresì, come anticipato, per mezzo del principio di derivazione europea di proporzionalità che presiede, a norma dell'art. 1 della L. 241/1990, l'attività della pubblica amministrazione, complessivamente intesa. Nella riflessione del Tar emerge quindi l'analisi di quella fisiologica tensione dialettica tra interessi che pervade l'esercizio del potere discrezionale, tanto nel caso in cui sia esercitato mediante logiche autoritative tanto in quello in cui sia declinato per mezzo di moduli negoziali. Dialettica, concepita nel suo dinamico svolgimento, nella quale riecheggia quella distinzione proposta dal Giannini fra interesse primario e secondario: il primo identificabile con l'interesse pubblico alla cui cura il potere è funzionale; il secondo dato invece dall'insieme di interessi collettivi o privati che interagiscono con il primo e che impongono quell'oculata e complessa ponderazione funzionale a garantire la massimizzazione del primo e il minor sacrificio dei secondi Cfr. M.S.GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 264 e ss..

squisitamente privatistici a istituti e mezzi pubblicistici che, nel perimetro dell'attività amministrativa, convivono e dialogano in trame sempre più fitte, nelle quali, a dispetto della necessaria ibridazione, concorrono in pari misura a perseguire la cura concreta dell'interesse pubblico.

In conclusione, è possibile affermare come la scelta nonché l'applicazione dei modelli perequativi e degli annessi strumenti negoziali, va svolta nel rispetto dei principi generali di ragionevolezza e proporzionalità. Solo, infatti, attraverso la valorizzazione delle suddette clausole è possibile apprezzare la concreta adeguatezza della misura, di volta in volta, adottata rispetto al fine pubblico perseguito, dando conseguentemente luogo a strumenti, che, nel comprimere, nella misura strettamente necessaria l'interesse particolare del privato, assicurano, in via contestuale quello pubblico della collettività.

5. L'urbanistica consensuale nel diritto europeo.

Analizzati alcuni fra i principali aspetti dell'urbanistica consensuale occorre conclusivamente verificare se il sistema concisamente descritto appaia conforme al diritto sovranazionale europeo, costituente, come già evidenziato nel Capitolo Secondo, fonte sovraordinata rispetto a quella nazionale.

Il profilo in relazione al quale è tradizionalmente emersa l'attenzione del giudice europeo è stato, come noto, quello della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo, del quale, la Corte di Giustizia, con sentenza C-399/98 del 12 luglio 2000, ha riconosciuto l'incompatibilità con la normativa sovranazionale europea[396].

[396] L'intervento del giudice europeo era stato sollecitato da un ricorso proposto dall'Ordine degli architetti, al competente Tar Lombardia, contro il Comune di Milano. Il consiglio comunale aveva approvato un progetto denominato Scala 2001 che contemplava, fra i diversi interventi, la realizzazione di un teatro in zona Bicocca, area urbana allora oggetto di convenzione di lottizzazione. Al fine di assicurare la realizzazione del teatro, il Comune aveva quindi stipulato una convenzione con i privati lottizzanti i quali si sarebbero obbligati, a scomputo degli oneri ancora dovuti, a realizzare la progettazione e costruzione del Teatro medesimo. Il Tar Lombardia adito, dubitando quindi della compatibilità della disciplina nazionale con quella europea, in materia di contratti pubblici, rimise dunque la questione all'esame della Corte di Giustizia affinché dirimesse, conclusivamente, il quesito. Per una più diffusa analisi del problema cfr. M.QUAGLIA, *"Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica (nota a Corte di giustizia delle Comunita` europee, Sezione VI; sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/ 98)"*, op.

La soluzione del giudice europeo è stata ricavata a valle di una lettura sostanzialistica della disciplina nazionale, diretta ad assicurare il c.d. "effetto utile" della direttiva europea.

La chiave di volta del ragionamento della Corte di Giustizia è stato, infatti, la qualificazione del rapporto intercorrente fra l'amministrazione comunale e i soggetti deputati alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, in termini di contratto di appalto pubblico di lavori, ovvero di un contratto a titolo oneroso, intercorrente fra l'amministrazione aggiudicatrice e un imprenditore commerciale, avente ad oggetto l'esecuzione e/o la progettazione di opere o lavori pubblici, così come definiti all'art. 1, co. 1, lett. a) della Direttiva 93/37CE[397].

A tale soluzione deponevano, in particolare due differenti ragioni: da un lato, le opere di urbanizzazione, primaria e secondaria, erano chiaramente ricomprese nel novero delle opere pubbliche o lavori pubblici; dall'altro, il rapporto intercorrente fra amministrazione e privato era qualificabile come rapporto strutturalmente oneroso, essendo, infatti, l'obbligazione del privato diretta a estinguere un debito pecuniario di pari valore, rappresentato dal contributo richiesto ai fini della realizzazione dell'opera.

Il concorso dei presenti elementi, corroborati dalla specifica qualifica soggettiva delle parti coinvolte nella realizzazione delle opere, spinse dunque il giudice europeo a ritenere la fattispecie esaminata attratta nella disciplina della direttiva europea e, dunque, conseguentemente, riconducibile nel perimetro applicativo dei

---

cit.; Cfr. E.ROBALDO, *"La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo Codice"* op. cit..

[397] Cfr. M.QUAGLIA, *"Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica (nota a Corte di giustizia delle Comunita` europee, Sezione VI; sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/ 98)"*, op. cit., p. 843-844. Per quanto qui interessa, l'art. 1 della dir. 93/37/CE recitava: *"Ai fini della presente direttiva:*

a) gli appalti pubblici di lavori sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice;

b) si considerano amministrazioni aggiudicatici lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico; (...)

c) s'intende per opera il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica".

principi generali di derivazione europea in materia di contratti pubblici[398].

L'evidente antinomia fra la soluzione proposta dalla Corte di Giustizia, con la disciplina urbanistica nazionale, spinse quindi il Legislatore nazionale ad un'organica rivisitazione della materia[399].

In estrema sintesi, l'adeguamento della disciplina nazionale a quella europea transitò attraverso una modifica ortopedica della Legge Merloni, L. 109/1994, il cui contenuto confluì nel successivo Codice dei Contratti pubblici, d.lgs., 163/2006.

In particolare, per quanto qui interessa, nel Codice dei Contratti pubblici, d.lgs. 163/2006, l'esecuzione delle opere di urbanizzazione da parte di soggetti privati titolari del permesso di costruire, da realizzare a scomputo, totale o parziale, del contributo previsto per il rilascio del permesso medesimo, veniva direttamente assoggetta alla disciplina dell'evidenza pubblica, per mezzo dell'espressa indicazione di cui all'art. 32, co. 1, lett. g) del Codice[400].

Secondo l'interpretazione della norma, elaborata dall'AVCP con la determinazione del 16 luglio 2009, n. 7, legittimati all'indizione della procedura diretta alla selezione dell'operatore economico deputato alla realizzazione delle opere di

---

[398] Lo svolgimento di una procedura competitiva da parte del privato non rappresentava peraltro una novità nel quadro normativo nazionale. Come sottolineato in dottrina, tale struttura era infatti già riscontrabile nel nostro ordinamento in ipotesi tipicamente previsti, come la realizzazione delle opere pubbliche in regime di concessione (l. 584/77) ovvero l'affidamento di lavori per mezzo della finanza di progetto (art. 37-bis della l. 109/94). Cfr. M.BASSANI, "*Quando i privati devono bandire gare pubbliche per l'esecuzione di opere di urbanizzazione"*, in *Urb. e app.*, fasc. 1, 2003, pp. 5 e ss.

[399] All'indomani della sentenza della Corte di Giustizia, il Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti, con la circolare n. 462/01, preso atto della contrarietà delle disposizioni italiane con la direttiva 93/37/CEE, precisò che il *diktat* del giudice europeo fosse applicabile esclusivamente ai lavori che, alla data del 12 luglio 2001, non fossero ancora iniziati. Sul versante dell'ammontare del valore delle opere da affidare, la circolare sottolineò inoltre l'irrilevanza del principio di diritto formulato per le opere i cui costi fossero risultati inferiori alla soglia comunitaria di cinque milioni di ECU. Alla circolare ministeriale seguì dunque l'intervento di adeguamento normativo. avvenuto con L. 166/02, modificativa dell'art. 2, co. 5 della Legge Merloni, L. 109/94. Tale disposizione precisò l'applicazione degli artt. 7 e 11 della Direttiva 93/37CE, altresì all'ipotesi di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo, primaria e secondaria, di importo superiore alla soglia comunitaria, ammettendo, contestualmente, l'inedita possibilità del privato di svolgere funzioni di stazione appaltante. L'intervento normativo poc'anzi illustrato costituì peraltro solo il punto di partenza di una più ampia rivisitazione della materia improntata sull'esigenza di garantire un equo contemperamento fra i principi del diritto sovranazionale europeo con quelli propri della disciplina urbanistica interna. Cfr. M.BASSANI, "*Quando i privati devono bandire gare pubbliche per l'esecuzione di opere di urbanizzazione",* op. cit. p. 6.

[400] Per una più completa analisi dell'evoluzione della disciplina nazionale cfr. E.ROBALDO, *"La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo Codice"* op. cit.., pp. 750 e ss.

urbanizzazione, risultavano, alternativamente, tanto, il privato titolare del permesso di costruire, in qualità di mandatario dell'amministrazione, quanto, l'amministrazione medesima, purché sulla base di un progetto preliminare, acquisito dal privato stesso[401].

In un evidente contemperamento fra la disciplina comunitaria e quella nazionale, l'obbligo di indizione della gara era peraltro previsto per l'affidamento dei soli lavori inerenti alla realizzazione di opere di urbanizzazione di importo superiore alla soglia comunitaria, ovvero di importo superiore a 5.225.000 di euro.

Per l'affidamento dei lavori concernenti l'esecuzione di opere di valore inferiore a tale importo, trovava invece applicazione il regime speciale, previsto all'art. 122 del Codice.

In base a tale disposizione, laddove, le opere da affidare fossero state opere di urbanizzazione secondaria, il privato titolare del permesso di costruire, ovvero l'amministrazione, avrebbero selezionato l'operatore economico affidatario, per mezzo di una procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando.

Laddove invece le opere da affidare fossero state opere di urbanizzazione primaria, "funzionali" all'intervento di trasformazione edilizia assentito, il privato titolare del permesso di costruire avrebbe potuto procedere direttamente all'esecuzione dell'opera medesima in base a quanto previsto dall'art. 16, co. 2-*bis* del T.U. 380/2001.

L'esclusione delle norme del Codice dei Contratti, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbana, è stata introdotta per mezzo dell'art. 45 del D.l. 201/2011 ("Decreto Salva-Italia"), successivamente convertito in L. 214/2011. La *ratio* della disposizione era ravvisata nell'esigenza del Legislatore di rilanciare e promuovere il settore dell'edilizia, garantendo al costruttore la diretta esecuzione di quelle opere strettamente connesse all'intervento di trasformazione edilizia assentito, per le quali

[401] Nel caso in cui la gara fosse stata indetta dal privato avrebbero trovato applicazione nei relativi confronti le norme dettate dal Codice dei Contratti. Conseguentemente, il privato in quanto "altro soggetto aggiudicatore" sarebbe stato esclusivo responsabile dell'attività di progettazione, affidamento e di esecuzione delle opere di urbanizzazione primarie e secondarie, ferma restando la concorrente vigilanza da parte dell'amministrazione, consistente, tra l'altro, nell'approvazione del progetto e di eventuali varianti (cfr. AVCP, determinazione 16 luglio 2009, n. 7).

sussiste un interesse diretto del costruttore medesimo alla pronta esecuzione[402].

Il consolidamento dei principi del caso Bicocca: la Determinazione dell'AVCP n. 4/2008.

Il principio di diritto formulato dalla Corte di Giustizia europea, con la sentenza del 12 luglio 2000, ha trovato inoltre seguito tanto in giurisprudenza, quanto nell'attività dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici[403].

---

[402] Come correttamente osservato in dottrina, l'interesse del costruttore alla realizzazione diretta delle opere a scomputo deriverebbe, da un lato, dall'esigenza di perseguire il più ampio risparmio possibile dei costi connessi all'esecuzione dell'opera, mentre, dall'altro, dall'esigenza di controllare direttamente i tempi di esecuzione dell'intervento. Cfr. A.MANDANARO, *"Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza",* in *Urb. e app*., n. 12/2008, pp. 1367 ss.. Nel composito quadro normativo descritto rimanevano comunque insolute alcune questioni interpretative. Si pensi ad esempio alla discussa possibilità del privato, titolare del permesso di costruire, di prendere parte alla gara indetta per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, nonché alla questione inerente la destinazione delle eventuali somme "risparmiate" nel corso della procedura, in quanto non impegnate nella realizzazione delle opere medesime (Cfr. V.GASTALDO, *"Le opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione: un cantiere ancora aperto",* in *Rivista giuridica dell'edilizia* 1/2010 pag. 25 – 36). L'addentellato normativo descritto ha poi trovato seguito altresì nel nuovo Codice degli Appalti e dei Contratti di Concessione, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale ha peraltro introdotto elementi di discontinuità con riferimento alle procedure applicabili in caso di realizzazione di opere di urbanizzazione di importo inferiore alla soglia comunitaria diverse da quelle primarie funzionali all'intervento di trasformazione assentito. In tal caso, infatti, tali lavori non sono più affidati con procedura semplificata negoziata, senza previa pubblicazione del bando, bensì, per espressa indicazione normativa, per mezzo delle consuete procedure ordinarie di gara. L'impianto normativo concisamente descritto è stato peraltro oggetto della procedura di infrazione n. 2018/2273, avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia. In particolare, oggetto di censura da parte dell'esecutivo europeo è stata la normativa nazionale del T.U. edilizia (art. 16, c. 2-bis) nonché del Codice dei contratti pubblici, nella parte in cui consente ai titolari del permesso di costruire la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, anche qualora il valore di tali opere, isolatamente considerate, ovvero scorporate dal valore complessivo delle opere inserite nel quadro dell'intervento, sia al di sotto della soglia europea. Secondo l'esecutivo europeo le autorità italiane farebbero leva su un'interpretazione del diritto interno non conforme a quello europeo. Ancorché, infatti, il diritto interno risulti passibile di un'interpretazione compatibile con il diritto sovranazionale tale per cui le amministrazioni sono tenute ad applicare la disciplina del codice laddove il valore complessivo dei lotti oggetto di affidamento sia superiore alla soglia europea, le amministrazioni nazionali, seguendo invero l'interpretazione proposta dall'ANAC con la delibera del 1 marzo 2018, n. 206, hanno spinto nel verso della contraria lettura. Posto il predetto contrasto, la Commissione europea ha quindi avviato la procedura di infrazione indicata, nei confronti del Legislatore nazionale.

[403] Come anticipato la soluzione offerta dalla Corte di Giustizia ha altresì trovato conforto giurisprudenza anche della Corte Costituzionale la quale, facendo leva sul concetto di onerosità elaborato in sede europeo, lo ha riferito anche a fattispecie convenzionali aventi ad oggetto la realizzazione di opere diverse da quelle di urbanizzazione, e sottratte al rispetto di procedure di evidenza pubblica. Si pensi, in particolare, alla sentenza n. 129/2006, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della l. n. 12 del 2005 della Regione Lombardia, nella parte in cui non prevedeva l'obbligo di esperire procedure di evidenza pubblica per la realizzazione di attrezzature e servizi pubblici da parte di privati proprietari di aree destinate

Espressione del predetto orientamento appare, in particolare, la determinazione del 2 aprile 2008, n. 4 dell'AVCP, con la quale l'Autorità è stata interrogata in merito all'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica in presenza di cd. "programmi urbanistici complessi" di natura negoziale[404].

Come analizzato in precedenza, l'accordo in virtù del quale si dà attuazione ai presenti programmi fa sostanzialmente perno, su uno "scambio di prestazioni" fra le parti. A fronte, infatti, del riconoscimento al privato di diritti edificatori, vengono dallo stesso cedute aree ovvero realizzate opere di adeguamento infrastrutturale del territorio.

Nel caso dei programmi complessi, contrariamente alla vicenda della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo, il privato non esegue quindi la prestazione al fine di estinguere un debito pecuniario (di valore pari al costo dell'onere di urbanizzazione), bensì assume un obbligo che funge da controprestazione a un "vantaggio", comunque suscettibile di valutazione economica.

Concisamente ricostruita la disciplina dei cd. "programmi complessi", l'Autorità di vigilanza è dunque passata alla soluzione del quesito, facendo leva proprio sul ragionamento svolto dalla Corte di Giustizia europea con la sentenza del 12 luglio 2000.

In particolare, dirimente rispetto alla corretta qualifica della fattispecie, è stata, la ricostruzione del requisito della onerosità della prestazione, ravvisabile, secondo

---

ad essere espropriate che avessero stipulato un'apposita convenzione col Comune competente. In particolare, detti accordi – in virtù dei quali il proprietario poteva realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale – non potevano che essere qualificati come accordi a titolo oneroso, che "consentono al proprietario espropriando, in particolare, di mantenere la proprietà dell'area e di ottenere la gestione del servizio previsto in cambio della realizzazione diretta degli interventi necessari". Analoghe conclusioni sono state sostenute dal giudice delle leggi, con sentenza n. 269/2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma della l. prov. Trento n. 22 del 1991, nella parte in cui prevedeva che le attrezzature e i servizi pubblici previsti dal piano regolatore generale potessero essere "*realizzati direttamente dai proprietari delle aree gravate da vincolo preordinato all'espropriazione, previa convenzione con il comune volta ad assicurare l'effettiva realizzazione e destina- zione pubblica delle attrezzature e dei servizi, nonché le loro modalità di realizzazione e gestione*". Su una più ampia analisi dei rapporti fra pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi cfr. A.MALTONI e S.DILENA *"Pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi"* trasposizione della relazione sviluppata nell'ambito del convegno "*Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale*" tenuto a Pescara, il 18 e 19 giugno 2014.

[404] Cfr. A.MALTONI e S.DILENA *"Pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi"*, op. cit., p. 132.

l'Autorità, non solo nel caso in cui il corrispettivo del privato sia una somma in danaro, quanto anche, nell'ipotesi in cui, *"a fronte di una prestazione, vi sia il riconoscimento …… del diritto di sfruttamento dell'opera (concessione) o ancora mediante la cessione in proprietà o in godimento di beni".*

Sulla base dell'ampia nozione ricostruita, l'Autorità di vigilanza ha potuto quindi ricondurre i cd. "programmi complessi" nel quadro della disciplina del contratto pubblico di appalto di lavori, implicando infatti i primi, la conclusione di convenzioni intercorrenti fra un'amministrazione ed un operatore economico, aventi ad oggetto l'acquisto, a titolo oneroso, di opere e lavori pubblici[405].

Il nuovo art. 20 del d.lgs. 18 aprile 2019, n. 50, Codice dei contratti pubblici.

Le considerazioni precedentemente svolte vanno da ultimo coordinate con l'art. 20 del Codice dei contratti pubblici, rubricato *"Opera pubblica realizzata a spese del privato"*[406].

In particolare, la presente disposizione esclude l'applicazione delle norme dell'evidenza pubblica con riferimento alle convenzioni con le quali, il privato o un soggetto pubblico, si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa, di un'opera pubblica, di un suo lotto funzionale ovvero di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti urbanistici[407].

---

[405] Risolto positivamente il quesito posto, l'Autorità di vigilanza ha inoltre provveduto ad individuare le procedure ad evidenza pubblica applicabili alla fattispecie esaminata. In particolare, secondo l'AVCP, l'affidamento dell'esecuzione delle opere dedotte in convenzione non poteva che essere attratta alla disciplina contenuta negli artt., prima illustrati, 32, co. 1, lett. g), 121, co. 1, e 122, co. 8, del d.lgs. n. 163/2006, salvo il caso in cui le amministrazioni procedenti avessero esperito preventivamente una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore della convenzione medesima. In tale ultimo caso, le procedure ad evidenza pubblica ritenute più consone al tipo di affidamento esaminato sono stata individuate nella finanza di progetto, di cui agli artt. 153 e seguenti nonché nel dialogo competitivo, di cui all'art. 58 del Codice, a seconda che l'amministrazione avesse inteso addivenire ad un affidamento concessorio, ovvero ad un mero appalto per l'esecuzione delle opere.

[406] Per una più ampia analisi della fattispecie Cfr. D.D'ALESSANDRO, *L'esclusione dalla normativa sugli appalti delle convenzioni non onerose per l'amministrazione (fra programmazione urbanistica, interesse pubblico ed interesse privato)*, in Federalismi.it, 2017; E.ROBALDO, *"La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo Codice"* op. cit.., pp. 756 e ss.

[407] Laddove l'amministrazione intenda ricorrere alla presente disposizione, occorrerà, in primo luogo, verificare il possesso da parte del soggetto attuatore, dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 80 del Codice; in secondo luogo, dovrà valutarsi la rispondenza del progetto di fattibilità delle opere da eseguire, del tempo massimo di completamento dei lavori e dello schema dei contratti di appalto presentati, con la realizzazione delle opere medesime

Il riferimento nell'art. 20 alla stipula di una convenzione, nonché ad opere incluse in strumenti urbanistici sembrerebbe essere un evidente richiamo alle cd. ipotesi di "urbanistica negoziata", oggetto di analisi nel quadro del presente lavoro.

La nuova disposizione offrirebbe quindi una più solida e sicura base ad una prassi amministrativa già in atto, arricchendo ulteriormente il paniere di strumenti, di cui le amministrazioni sono munite, al fine di colmare quel deficit infrastrutturale, talvolta patologico, a più riprese descritto.

Una più attenta analisi della norma, alla luce dei consolidati principi di derivazione europea in materia di *public procurement,* non può tuttavia che limitarne drasticamente il perimento applicativo, temperando, conseguentemente, la parziale deroga, dalla stessa introdotta, alle norme dell'evidenza pubblica. Perché infatti la norma possa trovare applicazione è necessario che la convenzione difetti di qualsivoglia profilo di onerosità ovvero risulti inidonea a dar luogo ad un trasferimento patrimoniale plurilaterale[408].

L'applicazione della presente disposizione appare quindi difficilmente percorribile alla luce dell'ampia nozione di onerosità del rapporto accolta oggi dalla giurisprudenza amministrativa, la quale, peraltro, è giunta a qualificare un rapporto contrattuale, in termini di onerosità, ogniqualvolta, pur difettando un corrispettivo diretto alla prestazione eseguita dal privato, sussista pur sempre un interesse del medesimo, patrimonialmente rilevante, all'adempimento della stessa[409].

---

[408] In termini analoghi, cfr. E.ROBALDO, *"La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo Codice"* op. cit.., p. 756.

[409] La nozione di onerosità della prestazione appare invero oggi ulteriormente dilatata per l'effetto della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, del 3 ottobre 2017, n. 4614. In particolare, la vicenda esaminata dai giudici amministrativi verteva sulla verifica della legittimità di una procedura di gara per l'affidamento di servizi di progettazione, la cui base d'asta era l'importo simbolico di un euro. Il ragionamento svolto dal supremo consesso di giustizia amministrativa muove lungo due differenti direttrici. Da un lato, il Consiglio di Stato si sofferma sulla nozione europea di operatore economico ammesso alla partecipazione alla gara. Dall'altro, i giudici amministrativi scandagliano la natura sostanziale del rapporto oggetto di affidamento al fine di inferire la corretta disciplina ad esso applicabile. Con rifermento al primo punto, il Consiglio di Stato evidenzia come a livello europeo la nozione di operatore economico appare sufficientemente ampia da comprendere altresì soggetti appartenenti al terzo settore ovvero soggetti non preposti al perseguimento dell'utile di impresa. Conseguentemente, il mancato conseguimento di un utile, anche in sede di gara da parte dell'operatore, non rappresenta di per sé condizione idonea a determinare l'illegittimità della procedura. Con riferimento invece al secondo profilo, il Consiglio di Stato afferma come l'apparente gratuità della prestazione, sotto il profilo civilistico, vada adeguatamente apprezzata alla luce della sostanza del rapporto in cui la medesima è dedotta. Se è infatti vero che il contratto si presenta come gratuito, per l'irrisorio corrispettivo pattuito, appare comunque parimenti indubbio

Conseguentemente, laddove si volesse individuare il corretto perimetro applicativo della fattispecie esaminata, non si potrebbe che circoscriverlo esclusivamente nei

---

come il professionista possa dal medesimo trarne un'obiettiva utilità data dal ritorno di immagine derivante dall'esecuzione di un contratto per conto dell'amministrazione. In altri termini, nella prospettiva del giudice amministrativo, anche un vantaggio "indiretto" quali quello esaminato sarebbe di per sé sufficiente a garantire la onerosità della prestazione nonché, conseguentemente, l'attrazione del rapporto nel perimetro del codice dei contratti pubblici. La pronuncia del Consiglio di Stato ancorché condivisibile sul piano della soluzione appare tuttavia criticabile sotto quello della motivazione, posto che, il Supremo Consesso di giustizia amministrativa, nella soluzione al caso, sembrerebbe aver travisato la struttura del rapporto, gratuito o oneroso, con l'onerosità o meno del motivo sotteso al medesimo. Come, infatti, evidenziato dalla dottrina civilistica, la natura onerosa o gratuita del contratto è strettamente legata alla relativa struttura. In particolare, il contratto a titolo oneroso è quello che dà luogo a un trasferimento patrimoniale plurilaterale tale per cui il sacrificio sofferto da ciascuna parte contraente, dato dall'adempimento della propria prestazione, risulta compensato dal vantaggio derivante dalla percezione dell'altrui controprestazione. Al contrario, nel caso del contratto a titolo gratuito, il trasferimento patrimoniale realizzato ha natura unilaterale essendo infatti solo una delle parti a sostenere l'adempimento della prestazione in favore dell'altra (cfr. A.TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, XXII ed., Giuffrè, Milano, 2015, p. 219). Dalla struttura, onerosa o gratuita, del rapporto va invece distinto il motivo, ovvero la ragione individuale, di norma irrilevante nell'economia del contratto, che induce la parte ad aderire al regolamento contrattuale (cfr. A.TORRENTE, Manuale di diritto privato, op. cit., p. 604). La distinzione proposta fra struttura del rapporto e motivo diviene di per sé rilevante ai fini della individuazione, nel perimetro dei contratti a titolo gratuito, degli atti qualificabili in termini di liberalità. Come noto, la liberalità si realizza in uno spontaneo impoverimento cui segue l'altrui arricchimento. Nella liberalità quindi ciò che rileva è un atto disinteressato posto in essere dal soggetto, non motivato da ragione alcuna se non dall'impoverimento per l'altrui arricchimento. Nel caso in cui al contrario sussista un interesse al compimento del negozio allora questo non potrà essere inteso come liberalità ancorché strutturalmente rilevi pur sempre un trasferimento patrimoniale unilaterale. Valga un esempio al fine di meglio comprendere tali considerazioni. Se un imprenditore distribuisce gratuitamente, a fini pubblicitari, campioni dei proprio prodotti non vi è, dal punto di vista civilistico una liberalità, essendovi un interesse al compimento dell'atto che non si esaurisce nello spontaneo impoverimento. Tale interesse ancorché vale ad impedire la qualifica dell'atto come liberalità non impinge tuttavia sul piano della struttura dello stesso il quale, infatti, realizzando un trasferimento patrimoniale unilaterale integra pur sempre un contratto a titolo gratuito (cfr. A.TORRENTE, Manuale di diritto privato, op. cit., p. 1425). Applicando le precedenti coordinate al caso esaminato dal Consiglio di Stato è agevole intuire come il rapporto dal medesimo esaminato non possa che essere qualificato come gratuito, quantomeno sulla base degli elementi esaminati. Il contratto, infatti, per l'effetto della previsione di un corrispettivo irrisorio dava luogo ad un trasferimento patrimoniale unilaterale idoneo quindi a qualificarlo come gratuito. Al contrario il vantaggio indiretto ovvero l'interesse del progettista a concludere il contratto per ricavarne un ritorno di immagine non costituiva elemento rilevante ai fini della struttura del rapporto quanto più correttamente motivo individuale irrilevante ai fini della qualifica dello stesso. A dispetto delle considerazioni svolte è possibile comunque sostenere la correttezza della soluzione da ultimo seguita da giudici amministrativi in relazione al caso di specie. Ciò in quanto, a dispetto dell'irrisorio corrispettivo pattuito, in sede di bando, era comunque previsto in favore del progettista affidatario un lauto rimborso spese di 250.000 euro. In altri termini, a dispetto del formale *nomen* il bando prevedeva in ogni caso una prestazione patrimoniale a carico dell'amministrazione, a fronte dell'acquisizione del servizio di progettazione, idoneo quindi a realizzare quel trasferimento patrimoniale plurilaterale proprio dei contratti a titolo oneroso. Cfr. in questo senso P.STAROPOLI, "*Il lavoro gratifica, quindi è gratuito. Non convince la recente sentenza con cui il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo il compenso di un euro per la prestazione professionale resa nell'interesse della pubblica amministrazione (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614)",* in Amministrazione in cammino, Rivista elettronica di diritto pubblico, 2018.

casi in cui il privato assuma l'obbligo di realizzazione delle opere o lavori pubblici come atto di liberalità e gratuità senza che quindi sussista una sinallagmatica risposta negoziale dell'amministrazione, parte contraente, alla prestazione assunta dal privato.

Le perplessità poc'anzi illustrate sono state altresì fatte proprie dallo stesso Consiglio di Stato che, con il parere n. 855/2016, adottato sullo schema del nuovo Codice dei Contratti, ha evidenziato l'eccessiva genericità della norma, priva del necessario riferimento al requisito della gratuità dell'operazione, invero costituente requisito necessario ai fini dell'esclusione delle norme del Codice. Riferimento che sarebbe risultato più che opportuno, posto che, come evidenziato dal Consiglio di Stato, "*fattispecie di tal fatta (assunzione di opere pubbliche a cura e spese dei privati), non necessariamente sono connotate da liberalità o gratuità, essendovi ipotesi in cui l'accollo dell'opera pubblica costituisce la controprestazione del privato a fronte dello scomputo di oneri economici di urbanizzazione e costruzione di opere private. La norma, in ogni caso, si appalesa eccessivamente generica e non chiarisce la finalità e le modalità attuative della stessa".*

Più puntuali valutazioni critiche sono state da ultimo formulate dall'ANAC con la delibera del 16 luglio 2016, n. 736.

La fattispecie oggetto di esame dell'Autorità concerneva la realizzazione di un tratto di viabilità speciale ricompreso nell'Accordo di programma, approvato con Decreto del Presidente della Regione Lombardia del 22 maggio 2009 n. 5095, e concluso dalla Regione Lombardia, Provincia di Milano e Comune di Segrate con una società privata.

In particolare, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti, la società privata, parte contraente, inoltrava all'Amministrazione istanza in ordine alla possibilità di assumere direttamene l'esecuzione dell'opera ex art. art. 20.

Tale istanza veniva quindi successivamente inoltrata all'Autorità Nazionale anticorruzione la quale ha dunque provveduto a riscontrarla con la determinazione in esame.

Ripercorrendo il percorso argomentativo svolto con la determinazione n. 4/2008 l'Autorità ha quindi chiarito come, pur nel silenzio della norma, l'amministrazione

che intenda applicare la disposizione di cui all'art. 20, deve verificare preventivamente il carattere gratuito o oneroso della convenzione conclusa con il privato.

Solo, infatti, nel primo caso, nel rispetto dei principi di derivazione comunitaria in materia di *public procurement*, l'affidamento dell'esecuzione dei lavori potrà avvenire senza previa indizione di una procedura competitiva.

Nel secondo caso, invece, proprio il carattere oneroso della convenzione, dato dallo scambio sinallagmatico di utilità fra le parti contraenti, non può che ricondurre la fattispecie nella categoria dell'appalto pubblico di lavori, da ciò conseguendo, come logico corollario, il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica prescritte nel Codice.

6. Conclusioni.

Nel presente Capitolo si è illustrata l'evoluzione della disciplina di pianificazione del suolo, passata dall'essere una disciplina improntata a una logica propriamente autoritativa ad una costantemente innervata da elementi di consensualità.

Come diffusamente evidenziato, le ragioni della presente evoluzione sono individuabili in un insieme di contingenze aventi nel tempo compromesso la piena attuazione degli strumenti di pianificazione. La rigidità del piano, da un lato, nonché la mancanza, dall'altro, delle necessarie risorse finanziarie determinarono, infatti, la paralisi del sistema di pianificazione ovvero, conseguentemente, la mancata attuazione di un pieno e razionale sviluppo del territorio urbano.

L'apertura del sistema di pianificazione alla consensualità ovvero l'apertura del sistema medesimo alla partecipazione del privato fu quindi una conseguenza *imposta,* tesa a correggerne i limiti ovvero a garantirne la piena attuazione. Solo attraverso l'apporto del privato, reso possibile dall'impiego di moduli convenzionali, si delineò quindi un modello di pianificazione del suolo strutturalmente funzionale alla propria realizzazione.

In altri termini, da un originario modello di pianificazione per provvedimenti, si passò quindi ad un innovativo modello di pianificazione per accordi, nel quale, la cura concreta del pubblico interesse transita attraverso quella degli interessi particolari embricati nel territorio.

In particolare, la flessione negoziale del sistema di pianificazione apparve invero enfatizzata nei nuovi sistemi di pianificazione perequativa nei quali, infatti, come visto, la realizzazione del disegno di sviluppo urbanistico, transita attraverso una complessa trama di relazioni contrattuali intercorrenti fra i diversi soggetti, pubblici e privati, coinvolti nell'attività di urbanizzazione del territorio.

Il necessario epilogo contrattuale descritto apparve invero del tutto coerente altresì con il diritto sovranazionale europeo il quale contribuì, sotto differente profilo, a incasellare la dimensione negoziale del sistema di pianificazione nella logica del mercato e della concorrenza.

Alla luce delle pregresse considerazioni è quindi possibile conclusivamente affermare come l'impiego di moduli convenzionali nello svolgimento di pubbliche funzioni rappresenti, nel caso della disciplina urbanistica, non solo un'alternativa di pari rango all'esercizio unilaterale del potere, quanto anche una soluzione necessaria, funzionale a garantire la cura concreta del pubblico interesse.

In altri termini, l'esperienza urbanistica individua nella partecipazione del privato un completamento necessario dell'attività di pianificazione il cui concreto sviluppo, per le ragioni esposte, risulta sempre più frutto di un approccio di tipo partenariale nel quale, pubblico e privato concorrono in pari misura a definire il disegno di concreto sviluppo dello spazio urbano.

CAPITOLO 5 - La disciplina urbanistica nell'esperienza della Emilia Romagna.

1. Brevi cenni introduttivi.

Analizzati alcuni fra i principali aspetti dell'urbanistica consensuale si procederà, di seguito, a verificare come la medesima sia stata recepita e regolata a livello della legislazione urbanistica regionale.

A tal fine, la presente disamina avrà ad oggetto l'esperienza normativa dell'Emilia Romagna la quale, tradizionalmente, rappresenta una fra i più interessanti e pioneristici banchi di prova dell'urbanistica consensuale.

La scelta dell'esperienza emiliana risulta peraltro altresì legata al vivace fermento positivo che attualmente la caratterizza, sfociato nell'approvazione della legge 21 dicembre 2017, n. 24, con la quale, il Legislatore regionale ha provveduto a ridefinire contenuto e contorni dell'attività di pianificazione del suolo.

In particolare, ciò che immediatamente rileva, ad una prima analisi della stessa, è la spiccata enfasi riservata alla negoziabilità dell'attività di pianificazione che diviene, conseguentemente, paradigma ordinario di esercizio del potere.

Nel contesto della nuova legge, infatti, la definizione unilaterale delle regole di uso del territorio appare del tutto recessiva rispetto alla soluzione concertata, favorendo, dunque per l'effetto, un approccio collaborativo, fra pubblico e privato, nella individuazione plastica del disegno di sviluppo urbanistico del territorio.

Al fine di meglio comprendere la radicale portata innovativa della legge si procederà, seguendo un'analisi diacronica, con la preliminare analisi della pregressa legge 24 marzo 2000, n. 20, il cui contenuto, già peraltro costituente una normativa d'avanguardia in materia di urbanistica consensuale, risulta oggi adeguatamente condensato, ed implementato, dalla nuova e sopravvenuta legge.

2. La legge urbanistica dell'Emilia Romagna 24 marzo 2000, n. 20.

Come correttamente evidenziato in dottrina, la legge urbanistica n. 20 del 2000, meglio di altre esperienze regionali, recepisce quell'esigenza di separatezza fra l'individuazione di una strategia generale di uso del territorio urbano e la definizione di profili meramente attuativi dello stesso[410].

In altri termini, dando concreto seguito all'impostazione dogmatica analizzata nel Capitolo 4, anche la presente legge recepisce l'esigenza di flessibilizzazione, "a monte", del contenuto dei documenti di piano, valorizzando contestualmente, "a valle", il confronto pubblico-privato quale mezzo per la realizzazione degli spazi urbani[411].

Il modello regionale qui in esame fa leva sull'interazione fra due differenti livelli di pianificazione, individuati, rispettivamente, nel Piano strutturale comunale (PSC) e nel Piano operativo comunale (POC).

In particolare, al primo, che guarda al territorio comunale complessivamente inteso, compete la definizione delle linee strategiche di sviluppo dello stesso, potendo altresì dettare prescrizioni conformative della proprietà nei limiti di quanto a monte stabilito dai livelli di pianificazione sovraordinata[412]; al secondo, concernete singole porzioni del territorio comunale, di volta in volta interessate dall'attività di trasformazione, spetta invece l'attuazione del contenuto del PSC, nonché quindi la realizzazione delle opere ed interventi ad esse annesse[413].

---

[410] Cfr. P.URBANI, Territori e poteri emergenti, op. cit., p. 125.

[411] Il riferimento è alle esperienze della legge urbanistica Toscana n. 1/2005 nonché della legge urbanistica Lombardia n. 12/2005.

[412] Art. 28, c. 2: *"Il PSC in particolare: a) valuta la consistenza, la localizzazione e la vulnerabilità delle risorse naturali ed antropiche presenti nel territorio e ne indica le soglie di criticità; b) definisce, nell'osservanza del principio generale di cui all'articolo 2, comma 2, lettera f), quali fabbisogni insediativi potranno essere soddisfatti dal POC attraverso la sostituzione dei tessuti insediativi esistenti, ovvero attraverso la loro riorganizzazione, addensamento o riqualificazione, e quali fabbisogni richiedono il consumo di nuovo territorio, non sussistendo alternative insediative nell'ambito del territorio già urbanizzato, nel rispetto dei limiti stabiliti dal PTCP ai sensi dell'articolo 26, comma 2, lettera e); c) fissa i limiti e le condizioni di sostenibilità degli interventi e delle trasformazioni pianificabili; d) individua le infrastrutture e le attrezzature di maggiore rilevanza, per dimensione e funzione, e definisce i criteri di massima per la loro localizzazione; e) classifica il territorio comunale in urbanizzato, urbanizzabile e rurale; f) individua gli ambiti del territorio comunale secondo quanto disposto dall'Allegato, stabilendone gli obiettivi sociali, funzionali, ambientali e morfologici e i relativi requisiti prestazionali".*

[413] Art. 30: *"1. Il Piano Operativo Comunale (POC) è lo strumento urbanistico che individua e disciplina gli interventi di tutela e valorizzazione, di organizzazione e trasformazione del territorio*

La legge regionale n. 20 del 2000 sovverte dunque il risalente rapporto intercorrente fra i due livelli di pianificazione comunale, storicamente individuato dalla legge n. 1150 del 1942[414].

Se in tale contesto, infatti, le due forme di pianificazione interagivano secondo una rigida logica gerarchica tale per cui la pianificazione attuativa specificava un disegno già definito a livello generale, al contrario, nell'esperienza regionale emiliana, i due strumenti si pongono come forme del tutto complementari di pianificazione che si integrano e sovrappongono nell'individuazione del miglior schema di sviluppo del territorio realizzabile. In altri termini, fra le pieghe elastiche del PSC, prende plasticamente forma il disegno della realtà urbana che viene quindi in essere solo per mezzo del POC.

In particolare, la concreta individuazione degli ambiti in cui realizzare gli interventi di nuova urbanizzazione e riqualificazione, stabiliti dal PSC, può avvenire mediante una procedura concorsuale tesa a selezionare la proposta di intervento che meglio soddisfi gli standard di qualità urbana a monte prefissati[415].

La realizzazione di tali interventi può inoltre essere accompagnata da un insieme di misure compensative, rappresentate dall'assegnazione di quote di edificabilità, tese

---

da realizzare nell'arco temporale di cinque anni…. 3. Nel definire le modalità di attuazione di ciascun nuovo insediamento o intervento di riqualificazione il POC applica criteri di perequazione ai sensi dell'art. 7. 4. Il POC programma la contestuale realizzazione e completamento degli interventi di trasformazione e delle connesse dotazioni territoriali e infrastrutture per la mobilità.

[414] Sul rapporto fra i due livelli di pianificazione nella l.r. n. 20 del 2000 cfr. F.GUALANDI, *L'evoluzione della legislazione urbanistica: il caso dell'Emilia Romagna*, in Diritto&Diritti, 2004. Più in generale, come affermato in giurisprudenza "*l'ambito pianificatorio finora riservato – a livello comunale – allo strumento urbanistico generale, p.r.g., risulta coperto ora solo dalla contemporanea presenza dell'insieme dei tre nuovi strumenti pianificatori, PSC, POC e RUE"* Cfr. Tar, Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, sentenza del 15 maggio 2006, n. 609.

[415] Art. 30, c. 10: *"Per selezionare gli ambiti nei quali realizzare nell'arco temporale di cinque anni interventi di nuova urbanizzazione e di sostituzione o riqualificazione tra tutti quelli individuati dal PSC, il Comune può attivare un concorso pubblico, per valutare le proposte di intervento che risultano più idonee a soddisfare gli obiettivi e gli standard di qualità urbana ed ecologico ambientale definiti dal PSC. Al concorso possono prendere parte i proprietari degli immobili situati negli ambiti individuati dal PSC, nonché gli operatori interessati a partecipare alla realizzazione degli interventi. Alla conclusione delle procedure concorsuali il Comune stipula, ai sensi dell'art. 18, un accordo con gli aventi titolo alla realizzazione degli interventi. ….. La deliberazione di approvazione del POC si esprime sulle specifiche proposte avanzate da amministrazioni, associazioni e parti sociali".*

a lenire il sacrificio imposto dall'apposizione di vincoli di inedificabilità funzionali alla realizzazione delle necessarie dotazioni infrastrutturali[416].

A valle di tali procedure si addiviene poi alla stipulazione di un accordo, *ex* art. 18 della l.r., costituente una vera e propria ipotesi di accordo amministrativo, di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990, per mezzo del quale, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, si formalizzano le modalità di attuazione degli interventi pattuiti nonché il contenuto di talune delle previsioni di dettaglio degli strumenti di pianificazione[417].

L'archetipo del confronto concorrenziale, qui concisamente descritto, si rinviene peraltro, nel quadro dell'esperienza emiliana, già nella legge 3 luglio 1998, n. 19, *"Norme in tema di riqualificazione urbana",* peraltro richiamata dallo stesso art. 30 della l. r. in esame[418].

Anche in tale sede, infatti, si prevedeva che, nella predisposizione dei programmi di riqualificazione urbana di aree individuate dal PRG, l'amministrazione dovesse

---

[416] Art. 30, c. 11*: "Al fine di favorire l'attuazione degli interventi di trasformazione, il POC può assegnare quote di edificabilità quale equo ristoro del sacrificio imposto ai proprietari con l'apposizione del vincolo di destinazione per le dotazioni territoriali o per le infrastrutture per la mobilità. Per il medesimo scopo lo strumento urbanistico può prevedere, anche attraverso la stipula di accordi di cui all'art. 18, il recupero delle cubature afferenti alle aree da destinare a servizi, su diverse aree del territorio urbano".*

[417] Cfr. A.MALTONI, *Perequazione e compensazioni in Emilia Romagna*, in *Governo e mercato dei diritti edificatori, esperienze regionali a confronto* (a cura di A.BARTOLINI e A.MALTONI), Napoli, 2009, pp. 88-89. L'impiego del confronto concorrenziale, quale strumento di urbanizzazione, ha peraltro trovato altresì seguito, pur in assenza di una legislazione regionale di tenore analogo a quella in esame, a livello della regolazione urbanistica comunale. Il riferimento è al noto caso del comune di Quarrata deciso dal Tar Toscana con sentenza del 14 febbraio 2011. In particolare, il comune di Quarrata, adottando una disciplina urbanistica del tutto innovativa, aveva qualificato alcune aree del territorio comunale come a "pianificazione differita", ovvero come aree suscettibili di acquisire edificabilità attraverso una variante al piano *ad hoc* da adottare a seguito di un confronto concorrenziale aperto a tutti i proprietari interessati. Secondo il giudice amministrativo la tecnica di pianificazione in esame, contrariamente alla prospettazione dei ricorrenti, non appariva in alcun modo incompatibile con il principio di diritto espresso dalla Corte costituzionale secondo cui lo *ius aedificandi* inerisce il diritto di proprietà (Corte Cost. sentenza n. 5/1980). In base, infatti, il giudice toscano la tecnica della pianificazione differita avrebbe invero realizzato una differente modulazione dell'esercizio della funzione pianificatoria capace di assicurare, mediante il ricorso al confronto concorrenziale, la trasparenza, imparzialità e buon andamento delle scelte pubbliche. Sotto il profilo descritto il Tar Toscana, nel rimarcare l'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà, sembrerebbe quindi discostarsi da quella dottrina secondo la quale, relativamente a territorio non urbanizzati, l'edificabilità, anziché inerire il diritto di proprietà, sarebbe concessa dal soggetto pubblico. Cfr. A.MALTONI-S.DI LENA, Pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi, in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione social,* 2014*,* Pescara.

[418] Cfr. P.URBANI, *Territori e poteri emergenti*, op. cit., p. 125.

aprirsi al confronto con i privati, al fine di individuare la proposta di progettuale più consona alle specifiche dell'intervento che avrebbe, per l'effetto, assunto la forma giuridica di piano attuativo[419].

L'innovativo sistema di pianificazione, delineato dalla l.r. 20 del 2000, appare adeguatamente recepito a livello dell'esperienza urbanistica locale del Comune di Bologna[420].

Il piano di Bologna, approvato nel biennio 2008-2009, rappresenta l'epilogo di una complessa politica di espansione edilizia avente caratterizzato lo sviluppo urbanistico comunale nel secondo dopoguerra.

Complice infatti una sopravvenuta e diffusa sensibilità ambientale, il nuovo PSC individua quale relativa priorità quella della riqualificazione e recupero del patrimonio urbano esistente[421].

Coerentemente con tale ambizioso obiettivo, il POC del 2009 aveva previsto la realizzazione di un insieme di complessi interventi di rigenerazione di vaste aree del territorio urbanizzato.

---

[419] La legge regionale prevede peraltro meccanismi idonei a fluidificare il procedimento di realizzazione del programma, superando eventuali asperità legate alla resistenza di alcuni dei proprietari non interessati alla trasformazione. A tal fine, si prevede quindi, preventivamente, l'acquisto delle aree interessate dall'intervento, in via pattizia. Solo in via sussidiaria, nell'ipotesi del fallimento della soluzione negoziale, la legge consente di procedere all'esproprio funzionale alla cura dei pubblici interessi. Cfr. P.URBANI, *Territori e poteri emergenti*, op. cit., p. 144.

[420] Per una più diffusa analisi della presente esperienza cui si farà riferimento ai fini del presente paragrafo Cfr. P.GABELLINI, *Temi della ricerca nel caso di Bologna*, in Politiche urbanistiche e gestione del territorio, tra esigenze del mercato e coesione sociale (a cura di P.URBANI), Giappichelli, 2015, pp. 455 e ss.; F.EVANGELISTI, "*Comune di Bologna: il POC di "qualificazione diffusa" e la variante al Rue come "risposta" dell'urbanistica alla crisi"*, in Inforum, pp. 7 e ss.

[421] L'obiettivo descritto non vuole peraltro essere un'assoluta interdizione a nuove forme di urbanizzazione. Il Psc del Comune di Bologna contempla infatti, pur sempre, aree di nuove urbanizzazione munite, da un lato, di un indice edificatorio di partenza e, dall'altro di un'edificabilità premiale, conseguibile in caso di realizzazione di opere di *housing sociale* ovvero di innalzamento degli standard qualitativi infrastrutturali (Cfr. Cfr. P.GABELLINI, Temi della ricerca nel caso di Bologna, p. 359). La spinta verso le politiche di rigenerazione e riqualificazione urbana appare inoltre pienamente in linea con l'attuale panorama europeo. Il rispetto del suolo, nonché la cura dell'ambiente e del paesaggio, rappresenta infatti un imperativo al quale le amministrazioni sono tenute a dare seguito in sede di pianificazione. In particolare, alla base di tale principio che discende direttamente dalla legge fondamentale tedesca, vi è la cd. "Bodeschutzklausel" contenuta nel codice urbanistico tedesco, in base alla quale le autorità sono tenute a gestire il territorio e il suolo con cura e parsimonia. Per una più diffusa analisi dell'esperienza tedesca Cfr. E.BUOSO, *La disciplina urbanistica tedesca contro il consumo di suolo e sulle misure compensative*, Politiche urbanistiche e gestione del territorio, tra esigenze del mercato e coesione sociale (a cura di P.URBANI), Giappichelli, 2015, pp. 269 e ss

L'effettiva attuazione del POC fu tuttavia compromessa dall'intervento di un insieme di contingenze connesse, da un lato, a limiti annessi alle modalità di attuazione dell'intervento, mentre, dall'altro, alla sopravvenuta crisi economica del mercato edilizio[422].

Il parziale fallimento del POC, alacremente criticato dagli stessi proprietari interessati nell'operazione di urbanizzazione, indusse quindi, l'amministrazione, a un complessivo ripensamento dello stesso[423].

In linea con gli obiettivi programmatici del periodo 2011-2016, il Comune di Bologna ha quindi predisposto un nuovo strumento di pianificazione, il quale, pur confermando l'obiettivo di riqualificazione descritto ha, al contempo, proposto un'offerta urbanistica concretamente realizzabile, in perfetta linea con le esigenze dell'indotto edilizio ancora in crisi.

In particolare, il nuovo Piano di qualificazione diffusa si articola in un insieme di interventi dal costo contenuto indirizzati ai proprietari delle aree oggetto di intervento.

La procedura di gara, intrapresa nel 2012 e condotta per oltre due anni, ha inoltre visto la presentazione di oltre cento manifestazioni di interesse alle quali, ha fatto concreto seguito, la presentazione di ben 27 progetti complessi di riqualificazione aventi ad oggetto una superficie pari a 21 ettari.

In particolare, con il presente POC sono stati sperimentati tutti i più innovativi meccanismi offerti dai nuovi di sistemi di pianificazione che spaziano quindi dal ricorso a meccanismi perequativi alla realizzazione di dotazioni infrastrutturali connessi alla realizzazione degli interventi di trasformazione.

In alcuni casi, gli interventi di trasformazione si sono intersecati con operazioni complesse di trasferimento di volumi da aree di decollo ad aree di atterraggio, di

---

[422] In alcuni casi, il fallimento del POC dipese da un insieme di vincoli apposti sui beni oggetto di intervento che limitavano drasticamente le forme di uso degli stessi. In altri invece, non sono state acquisite offerte di intervento pienamente in linea con gli interessi della collettività. Più in generale, la chiusura della fase delle aste ha determinato l'apertura di una nuova caratterizzata dall'intervento di Cassa depositi e prestiti la quale, attraverso operazioni preliminari di acquisito dei beni oggetto dell'area di intervento, ha intrapreso un procedimento teso alla rimozione degli ostacoli alla piena realizzazione dell'intervento di rigenerazione.

[423] Al fallimento del POC del 2009 seguirono infatti le richieste di imprese e proprietari di temperare l'obiettivo di riqualificazione inserendo nel nuovo POC aree di nuova urbanizzazione secondo il PSC, per il cui acquisto erano stati intrapresi ingenti investimenti.

volta in volta individuate in sede negoziale; in altri, invece, attesa l'impossibilità di reperire in ambiti urbanizzati le dovute opere di urbanizzazione, l'amministrazione ha attivato un processo di monetizzazione per un introito stimato di 10 milioni di euro; in altri ancora, quota parte delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria è stata allocata in aree limitrofe a quella di intervento nel rispetto di un indice di priorità fissato a monte dagli strumenti di piano[424].

L'analisi delle norme e delle esperienze concisamente svolta, consente di cogliere il più rilevante aspetto della disciplina regionale emiliana ovvero l'aver rimesso la determinazione degli aspetti urbanistici del territorio comunale al rapporto intercorrente fra amministrazione e privati[425].

Se nel modello della legge n. 1150 del 1942 l'apporto collaborativo del privato si esauriva nella codeterminazione delle modalità attuative di scelte predefinite a monte dall'amministrazione, al contrario, nel modello regionale, il privato partecipa direttamente alla definizione delle stesse[426].

Complice la flessibilità del piano strutturale è infatti con il piano operativo, a livello del quale si radica l'accordo pubblico-privato, che si perviene ad individuare il "giusto equilibrio" fra gli interessi incisi dalla pianificazione, la quale, da una forma di *urbanistica contrattata* passa, come correttamente evidenziato in dottrina, ad un*'urbanistica altamente partecipata*[427].

In altri termini, per l'effetto dell'accordo, il procedimento di pianificazione del suolo si apre definitivamente "verso il basso" dando sfogo ad interessi embricati nel tessuto urbano che diversamente non avrebbero riverbero alcuno.

Nel solco del procedimento viene quindi a svilupparsi un dialogo plastico fra autorità e libertà che nel rispetto di invarianti prefissate, concorre a definire il concreto disegno di sviluppo urbanistico del territorio.

La formula dell'urbanistica consensuale, anziché essere un'acritica apertura al mercato, viene dunque ad essere uno strumento trasparente di verifica, da parte della cittadinanza, del processo di pianificazione, ovvero, più in generale, del complessivo

---

[424] Cfr. Cfr. P.GABELLINI, Temi della ricerca nel caso di Bologna, p. 358.
[425] Cfr. P.URBANI, *Territori e poteri emergenti*, op. cit., p. 127.
[426] Cfr. P.URBANI, *Territori e poteri emergenti*, op. cit., p. 127.
[427] Cfr. P.URBANI, *Territori e poteri emergenti*, op. cit., p. 132.

governo degli interessi economici sociali ed occupazionali della collettività che insistono sul territorio[428].

3. La legge regionale urbanistica del 21 dicembre 2017, n. 24.

Svolte le precedenti considerazioni, è possibile conclusivamente procedere all'analisi della nuova l.r. n. 24 del 2017, con la quale, come anticipato, il Legislatore regionale, ridefinendo il contenuto dell'attività di pianificazione del suolo, ha spinto verso il pieno recepimento del modello dell'amministrazione per accordi[429].
L'enfasi per l'accordo, quale mezzo ordinario di pianificazione, appare invero già evidente a partire dal primo articolo della legge, il cui comma 3, infatti, reca un riferimento espresso alla valorizzazione della *"capacità negoziale dei Comuni..."*.
In particolare, nel quadro della nuova disciplina, la presente capacità rappresenta il mezzo per la realizzazione del plesso di obiettivi, di cui agli artt. 1 e 2, i quali spaziano, da quelli propri del diritto amministrativo, quali l'imparzialità e il buon andamento, a quelli connessi ad uno sfruttamento pragmatico e oculato del territorio, sempre più concepito come risorsa scarsa da tutelare e valorizzare. Con maggior enfasi rispetto alla precedente, la nuova l.r. eleva, infatti, a scopo della pianificazione, non solo la rigenerazione e riqualificazione del patrimonio urbano esistente, quanto anche l'azzeramento del consumo di suolo (art. 5, c. 1)[430].

---

[428] Cfr. P.URBANI, *Territori e poteri emergenti*, op. cit., p. 132.
[429] Cfr. L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al Convegno Aipda su "*Decisioni amministrative e processi deliberativi*", Bergamo 5-7 ottobre 2017.
[430] Tale obiettivo va comunque coordinato con il contenuto del successivo art. 6, in base al quale: *"In coerenza con l'obiettivo del consumo di suolo a saldo zero di cui all'articolo 5, comma 1, la pianificazione territoriale e urbanistica può prevedere, per l'intero periodo, un consumo del suolo complessivo entro il limite massimo del 3 per cento della superficie del territorio urbanizzato, calcolata ai sensi dell'articolo 32, commi 2 e 3, esistente alla data di entrata in vigore della presente legge, fatto salvo quanto previsto dai commi 5 e 6 del presente articolo".* Il riuso e la rigenerazione del territorio rappresentano strumenti privilegiati, dei quali la pianificazione deve servirsi per il perseguimento di quell'ambizioso obiettivo del consumo di suolo zero, da conseguire entro il 2050. A dispetto di tale indicazione, la legge consente, comunque, un consumo di suolo pari al 3% da impiegare per la realizzazione di opere di interesse pubblico, volte ad aumentare la competitività del territorio. Il riuso e la rigenerazione sono realizzati, nel contesto della nuova legge, a tre differenti forme di intervento: qualificazione urbana, ristrutturazione urbanistica e addensamento e sostituzione urbana. Nella prima tipologia di interventi, sono ricomprese le opere di demolizione e ricostruzione, ovvero, più in generale, gli interventi conservativi di edifici, privi delle opportune cautele in termini di efficienza energetica e sicurezza sismica. Nella seconda categoria rientrano, invece, gli interventi di demolizione e ricostruzione attuabili a mezzo del

La valorizzazione della capacità negoziale dell'amministrazione risulta di sé evidente in relazione alla nuova architettura degli strumenti di pianificazione, la quale, come evidenziato in dottrina, sembrerebbe volersi "sbarazzare" del piano così come tradizionalmente inteso[431].

Nel sistema della nuova l.r., la definizione delle regole di uso del suolo è rimessa all'interazione e sovrapposizione fra il Piano urbanistico generale (PUG) e dell'accordo operativi (AO).

In particolare, il primo, rappresenta lo strumento di pianificazione deputato a predisporre, con riferimento a tutto il proprio territorio, le invarianti nonché le linee strategiche dello sviluppo urbano, prioritariamente orientate alla rigenerazione del territorio urbanizzato, alla riduzione del consumo di suolo nonché alla sostenibilità ambientale e territoriale; il secondo, costituisce invece uno strumento di attuazione delle previsioni del PUG concernenti il riuso, la rigenerazione del territorio urbanizzato nonché le nuove urbanizzazioni.

Ancorché i contenuti e il rapporto indicato fra gli strumenti di pianificazione sembrano riproporre quelli già individuati dalla l.r. n. 20 del 2000, occorre precisare come la nuova legge, in maniera del tutto inedita, individua un insieme di "paletti"

---

permesso di costruzione convenzionato. Da ultimo, nella terza tipologia di intervento, rientra l'attività di rigenerazione urbana, in senso stretto, ovvero l'attività volta a *"rivitalizzare e qualificare il territorio dal punto di vista identitario, sociale ed economico, realizzando nuove attrattività e opportunità di sviluppo"*. In particolare, ciò che viene in rilievo, è un insieme di azioni aventi ad oggetto aree degradate del territorio urbano delle quali si promuove una significativa trasformazione, sotto il profilo della modifica del disegno dei lotti, degli isolati e della connessa rete stradale. Anche gli interventi di addensamento urbano, nel rispetto delle indicazioni fornite dalla nuova legge, si attuano per mezzo di accordi operativi ovvero di piani attuativi ad iniziativa pubblica. In particolare, la piena realizzazione di tali interventi viene accompagnata da un sistema di premialità, a scopo incentivante, quale, ad esempio, l'esonero dalla corresponsione del contributo straordinario ovvero la riduzione del contributo di costruzione. Da questo punto di vista, non è mancato chi ha sottolineato, come il sistema incentivante, pur correlato alla realizzazione di interventi di riqualificazione urbana potrebbe arrecare un *vulnus* alla città pubblica, posto che, attraverso gli stessi, vengono comunque sottratte risorse alla collettività. Tale interpretazione è stata peraltro disattesa da chi ha, invero, ravvisato nei meccanismi descritti strumenti di semplificazione amministrativa ovvero strumenti di supporto all'iniziativa economica privata e di valorizzazione della qualità dei progetti. Fra le misure di riuso e di rigenerazione urbana, la nuova legge contempla, da ultimo, lo strumento degli "usi temporanei" ovvero di "contenitori e spazi dismessi o in via di dismissione", da recuperare e valorizzare per realizzare iniziative di carattere economico, sociale e culturale. Cfr. A.GIUSTI, *La rigenerazione urbana, Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione,* Editoriale scientifica, Napoli, 2018, pp. 100-106.

[431] Cfr. F.GUALANDI, *"Il nuovo governo condiviso del territorio"*, in Pausania, Rivista giuridica di urbanistica, 2019.

al contenuto del PUG, demandando quindi l'individuazione della disciplina di uso del suolo al AO.

Il riferimento è, in particolare, all'art. 33 c. 5, il quale espressamente vieta al PUG l'individuazione della capacità edificatoria, anche potenziale, concretamente insediabile, per le parti di territorio soggette alla conclusione degli accordi operativi[432].

Come correttamente evidenziato in dottrina, sulla scia dell'evoluzione descritta dell'urbanistica consensuale, la nuova legge regionale limita l'esercizio unilaterale della potestà di conformazione il cui contenuto, nel rispetto di una logica partenariale pubblico-privato, avviene, dunque, per mezzo dell'AO[433].

Proprio il presente strumento rappresenta peraltro la vera novità della l.r. la quale, per mezzo del medesimo, delinea uno strumento di pianificazione, *sui generis,* che "fagocita" i diversi e pregressi mezzi invalsi nella prassi[434] .

Come infatti evidenziato dai primi commentatori, l'AO non sembrerebbe una fattispecie riconducibile né alla pregressa ipotesi degli accordi "a monte" di cui all'art. 18 della l.r. n. 20 del 2000 né a quella degli accordi "a valle" delle convenzioni di lottizzazione.

Più correttamente, l'AO appare invece la sovrapposizione dei due differenti livelli di accordo, rappresentando, infatti, un vero e proprio nuovo strumento di pianificazione la cui concretizzazione ed esistenza esige il necessario concorso della volontà del privato[435]. In altri termini, in linea con la posizione in esame, l'AO integra un vero e proprio "piano-programma" che si muove all'interno di una più elastica cornice di riferimento rispetto ai vecchi strumenti di pianificazione attuativa[436].

Ancorché la l.r. qualifichi inoltre espressamente il presente accordo come accordo amministrativo di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 è interessante notare, come esso non rappresenti un vero e proprio accordo sostitutivo di provvedimento.

---

[432] Cfr. L.TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, op. cit., p. 15.
[433] Cfr. L.TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, op. cit., p. 15.
[434] Cfr. F.GUALANDI, *"Il nuovo governo condiviso del territorio",* op. cit..
[435] Cfr. F.GUALANDI, *"Il nuovo governo condiviso del territorio",* op. cit..
[436] Cfr. F.GUALANDI, *"Il nuovo governo condiviso del territorio",* op. cit..

Come più volte anticipato, nel quadro della nuova l.r., l'istituto dell'accordo si atteggia, infatti, ad epilogo necessario e non eventuale del procedimento amministrativo imponendo dunque, ai fini dello svolgimento della funzione pubblica, la partecipazione attiva del privato[437].

A dispetto delle considerevoli novità introdotte, l'opzione normativa seguita dal legislatore regionale non è stata positivamente accolta dai primi commentatori, i quali, hanno infatti denunciato l'eccessivo "liberismo" del nuovo sistema di pianificazione, più propenso a realizzare interessi particolari, di riverbero squisitamente economico, che garantire un ordinato e sistemico sviluppo del territorio[438].

In particolare, la ragione della predetta critica risiederebbe nell'ontologica inadeguatezza del contratto ad assicurare un corretto ed ordinato sviluppo del territorio, trattandosi, infatti, di mezzo orientato al perseguimento di interessi particolari, propriamente egoistici, propri delle singole parti che vi accedono[439].

In altri termini, secondo la presente prospettiva, la relazione necessariamente bipolare del rapporto negoziale renderebbe la pianificazione "cieca" al plesso di interessi embricati nel territorio dando infatti diversamente peso alle sole esigenze, economicamente rilevanti, di volta in volta selezionate[440].

Da questo punto di vista, la medesima legge regionale si fonderebbe quindi su un insanabile paradosso: da un lato, l'art. 1 qualificherebbe il suolo come "bene comune", prospettando quindi il perseguimento di una prospettiva generale, ad ampio respiro; dall'altro, la medesima legge articolerebbe il sistema di pianificazione in accordi, ovvero in strumenti del tutto avulsi della suddetta prospettiva capaci invero di piegare le esigenze generali a quelle particolari[441].

---

[437] Cfr. L.TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, op. cit., p. 18; Tale soluzione appare peraltro rafforzata dal ruolo del tutto marginale riservato nel quadro della legge dei Piani attuativi di iniziativa pubblica di cui all'art. 38 Cfr. F.GUALANDI, *"Il nuovo governo condiviso del territorio",* op. cit.

[438] Cfr. I.AGOSTINI (a cura di), *Consumo di luogo. Neoliberismo nel disegno di legge urbanistica dell'Emilia- Romagna*, Pendragon, 2017.

[439] Cfr. F.GUALANDI, *"Il nuovo governo condiviso del territorio",* op. cit.

[440] Cfr. F.GUALANDI, *"Il nuovo governo condiviso del territorio",* op. cit.

[441] Cfr. F.GUALANDI, *"Il nuovo governo condiviso del territorio",* op. cit. *"Potrebbe esservi il rischio che l' Amministrazione comunale invece di "gestire" nell' interesse della Collettività un "bene comune" (il territorio), possa essere indotta a "scambiarlo" o a "negoziarlo" con il soggetto privato, come se fosse un bene di sua proprietà (conseguenza dell' evanescenza del*

Le considerazioni svolte non colgono tuttavia il segno e appaiono agevolmente superabili alla luce della riflessione condotta nel presente lavoro[442].

Come infatti evidenziato in precedenza, il contratto, lungi dall'essere un mero mezzo per il perseguimento di interessi egoistici e particolari, rappresenta, tanto nelle relazioni privatistiche quanto in quelle pubblicistiche, un possibile strumento per il perseguimento del pubblico interesse.

Ritenere dunque che l'amministrazione per accordi costituisca di per sé una pericolosa e fisiologica flessione del pubblico interesse rispetto alla cura di interessi particolari, significa quindi travisare, erroneamente, l'attuale e polivalente fisionomia del mezzo contrattuale.

Più in generale, come correttamente evidenziato in dottrina, nell'urbanistica consensuale ciò che muta, rispetto alla prospettiva autoritativa tradizionale, non è tanto la gerarchia di interessi curati, quanto, più correttamente, le modalità di cura degli stessi.

Nell'urbanistica consensuale, l'interesse pubblico viene selezionato attraverso un processo di confronto graduale, condotto, nel rispetto del principio del contraddittorio, con il privato. E' nel solco del procedimento, e quindi ad esito di un confronto dialettico, che gli interessi particolari vengono modulati e adattati, specificandosi in modalità tali da orientare il pubblico interesse in concreto perseguito[443].

---

concetto di interesse pubblico) e le sue decisioni oltre a non trovare sostanziali limiti negli strumenti sovraordinati (per effetto del principio di competenza), potrebbero risultare condizionate dalle pressioni che il privato è in grado di esercitare, paventando eventuali responsabilità per ritardi (elemento tempo) o per la lesione di legittimi e precedenti affidamenti (esplosione della responsabilità)."

[442] Le osservazioni che si avranno modo di sviluppare nel prosieguo non valgono peraltro a dissimulare talune criticità connesse alla nuova legge regionale urbanistica emiliana. Ancorché infatti risulti condivisibile l'assunto di fondo, ovvero l'apertura della pianificazione verso il contratto, permangono comunque talune perplessità ovvero eccessi della nuova legge che probabilmente avrebbero meritato una più attenta riflessione. Si pensi, ad esempio, alla retrocessione del piano in ordine alla definizione della capacità edificatoria concretamente spendibile il cui contenuto non può infatti che transitare necessariamente attraverso l'accordo pubblico-privato. Si pensi ancora all'ipotesi della mancata adozione dell'AO per inadempimento del privato, in relazione alla quale sarebbe interessante comprendere se sia possibile l'impiego di Piani attuativi di iniziativa pubblica (PAIP), che consenta di conservare il lavoro istruttorio (e di partecipazione) svolto (con riferimento a tale ultima critica Cfr. F.GUALANDI, *"Il nuovo governo condiviso del territorio"*).

[443] Cfr. M.DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio. Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., p. 288.

In altri termini, nell'amministrazione per accordi, il potere pianificatorio, nonché i fini dallo stesso perseguito, non appaiono né sviliti né compressi dall'autonomia privata, transitando, invece, attraverso nuove forme di esercizio che incidono esclusivamente sul *quid* e *quomodo* dell'azione amministrativa[444].

Se da un lato l'uso dell'accordo non può di per sé essere considerato mezzo idoneo a compromettere l'ordinaria cura del pubblico interesse, dall'altro, non può tuttavia escludersi come un uso distorto dello stesso possa comunque facilitare, in concreto, la prevalenza di specifici interessi, particolari ed egoistici[445].

Ecco perché, al fine di prevenirne qualsiasi impiego distorsivo, l'urbanistica consensuale dovrebbe far leva su meccanismi idonei a garantire la trasparenza ed imparzialità della scelta amministrativa nonché la piena rispondenza del progetto urbanistico, di volta in volta presentato, alle effettive esigenze di urbanizzazione della collettività.

Da questo punto di vista, pienamente condivisibile è quindi la soluzione seguita, a livello della legislazione regionale, tesa a valorizzare il ricorso a meccanismi competitivi nella selezione delle proposte di sviluppo urbanistico più coerenti con la cura concreta del pubblico interesse.

Sussidiarietà e concorrenza, in linea con la prospettiva in esame, diventano quindi imprescindibili paradigmi del governo del territorio, il quale, nel suo dinamico sviluppo, transita dunque, progressivamente, da un'originaria forma urbanistica negoziata alla più recente logica dell'urbanistica concorsuale[446].

---

[444] Cfr. M.DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio. Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., p. 288.

[445] Cfr. M.DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio. Le convenzioni urbanistiche,* op. cit., p. 320.

[446] La valorizzazione del principio di concorrenza, in materia urbanistica, appare peraltro altresì frutto del progressivo recepimento del diritto sovranazionale europeo. Il riferimento, in particolare, è al d.lgs. 59/2010 che attua nell'ordinamento interno la direttiva 123/2006, cd. "Bolkestein", in tema di liberalizzazione dell'attività di erogazione dei servizi nel mercato unico europeo. Per effetto del presente provvedimento, il Legislatore europeo ha infatti intrapreso un complesso percorso di liberalizzazione delle attività economiche private, teso quindi al superamento di qualsivoglia onere idoneo a precludere il libero accesso al mercato da parte degli operatori economici. La spinta europea verso la liberalizzazione e concorrenza ha peraltro trovato altresì seguito nella l. 1 del 2012 cd. "Cresci-Italia", con la quale, infatti, il Legislatore, in linea con il diritto sovranazionale, ha provveduto ad abrogare qualsivoglia forma di restrizione, anche di natura pianificatoria o programmatoria, idonea a restringere, ingiustificatamente, l'esercizio delle attività economiche. Il combinato disposto di tali provvedimenti ha quindi indotto un profondo ripensamento del plesso dei limiti tradizionalmente posti dalla disciplina urbanistica, i quali, nel quadro di un più ampio e

La sempre più marcata flessione concorsuale della disciplina urbanistica risulta peraltro altresì imposta dall'attuale *status* dell'edificabilità sempre più concepita, infatti, come bene di indubbio riverbero economico, quantitativamente scarso.

In un sistema urbanistico proiettato alla tutela del suolo, nel rispetto quindi di una garanzia di *heritage* da preservare alle future generazioni, l'espansione edificatoria diviene, infatti, inevitabilmente, recessiva rispetto alle predominanti politiche di recupero del patrimonio urbano esistente, attuate per mezzo di complessi sistemi di rigenerazione e riqualificazione urbana[447].

Nell'attuale panorama urbanistico l'edificabilità rappresenta dunque un "bene prezioso" il cui conseguimento, come visto, esige sovente l'esorbitante corresponsione di extra-oneri, super standard o opere aggiuntive funzionali alla piena e corretta urbanizzazione del territorio urbano[448].

In altri termini, come correttamente affermato in dottrina, lo *ius aedificandi* non costituisce più una facoltà insita nel diritto di proprietà, essendo invero un'effettiva concessione del soggetto pubblico, eccezionalmente attribuita nel rispetto dei principi e delle regole della negoziazione[449].

Poste le presenti premesse condivisibile appare l'opinione di chi individua nell'edificabilità un vero e proprio "bene comune", il quale, conseguentemente, non può che esigere meccanismi di controllo atti ad impedirne un uso a vantaggio di pochi e a scapito della collettività[450].

---

complesso quadro europeo, diventano, conseguentemente, laddove non giustificati da ragioni imperative, del tutto recessivi rispetto alle superiori esigenze di concorrenza e liberalizzazione. Cfr. P.MANTINI, *Dall'urbanistica per piani ed accordi al governo liberale del territorio per sussidiarietà e concorsualità*, in Rivista giuridica dell'edilizia, fasc. 3, 2013, pp. 150 e ss.

[447] Cfr. P.MANTINI, *Dall'urbanistica per piani ed accordi al governo liberale del territorio per sussidiarietà e concorsualità*, in Rivista giuridica dell'edilizia, op. cit., pp. 152.

[448] Cfr. MANTINI, *Dall'urbanistica per piani ed accordi al governo liberale del territorio per sussidiarietà e concorsualità*, in Rivista giuridica dell'edilizia, op. cit., pp. 153.

[449] L'urbanistica concorsuale offre quindi, sotto tale profilo, ulteriori elementi funzionali al superamento della discussa teoria elaborata dalla Corte Costituzionale, con le sentenze 55 e 56 del 1968, dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà. La tesi poc'anzi descritta era stata invero a lungo criticata dalla dottrina la quale infatti aveva a più riprese ribadito l'assenza a livello costituzionale di un riferimento espresso idoneo a corroborare l'idea dell'edificabilità come componente insita nel diritto di proprietà. In altri termini, come correttamente sostenuto in dottrina, l'edificabilità non è facoltà che preesiste e vincola la pianificazione bensì rappresenta (Cfr. P.URBANI, *Conformazione dei suoli e finalità economico sociali*, in Urbanistica e Appalti, fasc. 1, 2013).

[450] La letteratura sui bene comuni appare allo stato particolarmente copiosa non risultando quindi possibile, nel quadro della presente disamina, una dettagliata analisi della stessa. In tale sede, si

La precisazione poc'anzi descritta appare inoltre di sé dirimente ai fini dell'individuazione dell'attuale conformazione del rapporto autorità-mercato che sempre più, per le ragioni esposte, pervade la disciplina urbanistica.

Nell'attuale panorama urbanistico, l'enfasi della concorsualità non deve in alcun modo travisare l'obiettivo proprio della pianificazione dato invero dalla definizione di un ordinato assetto di sviluppo urbanistico del territorio idoneo a catalizzare, nel verso di un'unica e armonica direzione, le diverse spinte ed interessi particolari che lo caratterizzano.

In altri termini, nella disciplina urbanistica, la concorsualità nonché, per mezzo di essa la valorizzazione del mercato, non costituisce l'obiettivo in concreto perseguito bensì un mero mezzo per la piena realizzazione dello stesso.

Come infatti ampiamente dimostrato, tanto la consensualità quanto il ricorso al mercato si giustificano, esclusivamente, in funzione del pubblico interesse. In altri termini, l'evidenza pubblica e con essa la consensualità costituiscono veicoli che catalizzano gli interessi privati in funzione delle esigenze della città pubblica,

---

rileva, comunque, come bene comune è quello funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali dell'individuo caratterizzato da non escludibilità e rivalità. La letteratura interessatasi del fenomeno ha da tempo riflettuto sull'individuazione di forme ottimali di gestione degli stessi idonee ad assicurarne un più ampio e diffuso uso, anche in una prospettiva intergenerazionale. Il bene comune, seconda tale prospettiva, è bene che impone una diversa forma di razionalità, ovvero un bene che prescinde il rigido binomio proprietà privata- proprietà pubblica. In particolare, il bene comune è un bene a titolarità diffusa che appartiene a tutti e non appartiene a nessuno e che deve necessariamente essere amministrato secondo il principio di solidarietà (S.RODOTA', *Il diritto di avere diritti, Laterza*, Bari, 2012). A fronte quindi delle tesi aventi paventato l'esigenza dell'introduzione di regole pubblicistiche volte a normare il godimento dei suddetti beni (G.HARDIN, *The Tragedy of Commons*, Scienze, 1968) non è mancato chi ha altresì proposto alternative forme di autogoverno, ovvero forme di controllo del bene comune regolato e gestito direttamente dai soggetti interessati al relativo uso (E.OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006). Le pregresse considerazioni, come anticipato, possono essere agevolmente applicate altresì al caso dell'edificabilità per la quale appare quindi corretta la qualificazione in termini di bene comune. Si consenta, a tal fine, un esempio. Si pensi, a due suoli dalle caratteristiche geomorfologiche identiche rispettivamente allocati l'uno nella periferia di un paese del Sud Italia, l'altro, invece, a Roma. A dispetto dell'omogeneità strutturale descritta, appare indubbio come il differente contesto spaziale all'interno del quale i suoli sono allocati si traduce in una considerevole differenza di valore degli stessi. In altri termini, è il ricco paniere di opere appartenenti alla collettività intera, ovvero il Colosseo, l'Altare della Patria, piazza di Spagna e via di seguito a determinare quell'incremento di valore descritto. In virtù di quanto detto, è agevole quindi affermare come la rendita fondiaria, ovvero la differenza di valore fra i due suoli non è null'altro che la cartina di tornasole di beni pubblici, rilevando quindi essa stessa, come "bene comune". Cfr. F.M.ESPOSITO, *Urbanistica sociale di mercato, Attuare il passaggio all'economia sociale di mercato, ridisegnarla, partendo da Europa e America Latina*, Cacucci editore, Bari, 2017, pp. 209-222.

ancorando, quindi, la realizzazione di esigenze particolari ed egoistiche a quelle superindividuali, proprie delle collettività complessivamente intesa[451].

L'affermazione poc'anzi descritta appare invero di sé pregnante a fronte dell'attuale e patologica condizione del panorama urbanistico nazionale, incapace, molto spesso, di offrire realtà urbane del tutto coerenti con le effettive esigenze della collettività.

L'endemica carenza delle dovute dotazioni infrastrutturali connessa alla rinnovata e diffusa sensibilità ambientale, costituiscono infatti vere proprie prove di "resilienza" che il sistema di pianificazione territoriale è oggi chiamato ad affrontare.

Nel frangente di tale sfida l'ausilio del mercato e quindi l'apporto del privato diventano un presupposto indefettibile per il relativo conseguimento garantendo infatti il dovuto inventario di mezzi e conoscenze funzionali all'ottimale realizzazione della città pubblica.

Alla luce delle pregresse considerazioni, è quindi possibile affermare come l'amministrazione, nel frangente del mercato immobiliare, diviene un vero e proprio intermediario fra la domanda di speculazione edilizia e le esigenze della collettività, orientando la realizzazione della prima, in funzione della concretizzazione della seconda.

In altri termini, l'intervento dell'autorità pubblica viene quindi a correggere le disfunzioni di un mercato, come quello immobiliare, a concorrenza imperfetta, ovvero di un mercato idoneo a creare, laddove lascato libero di autogovernarsi, disfunzioni e ingiustizia sociale[452].

Sulla scorta di tali considerazioni, condivisibile è quindi la tesi di chi ravvisa, nell'attuale panorama urbanistico, non già un'urbanistica negoziata o concorsuale,

---

[451] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale, alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici,* op. cit., p. 7.

[452] La soluzione poc'anzi descritta appare di sé evidente nella misura in cui si individui nel mercato immobiliare un mercato a concorrenza imperfetta. Mentre, infatti, nei mercati a concorrenza perfetta, componenti quali, capitale, lavoro, prezzi si compensano in via autonoma nel lungo periodo, al contrario, nei mercati a concorrenza imperfetta, attesa la presenza di interessi oligopolistici, sussiste un'incapacità degli stessi alla autoregolazione. Conseguentemente, al fine di garantire un'effettiva giustizia distributiva e sociale, necessaria diviene un'attività di controllo e di intermediazione dell'autorità (Cfr. F.M.ESPOSITO, *Urbanistica sociale di mercato, Attuare il passaggio all'economia sociale di mercato, ridisegnarla, partendo da Europa e America Latina*, Cacucci editore, Bari, 2017, pp. 141-143)

quanto, più correttamente, un'urbanistica solidale, ovvero un'urbanistica attenta a combinare gli interessi particolari, in funzione del pubblico interesse[453].
E' in tale ultima considerazione che si perviene dunque alla quadratura del cerchio e dunque, per l'effetto, alla conclusione delle presenti considerazioni.

[453] Cfr. P.URBANI, *Urbanistica solidale,* op. cit..

Conclusioni.

A valle della pregressa disamina è possibile svolgere le seguenti conclusioni, pur precisando, che le stesse non potranno mai considerarsi tali in relazione a una materia, fisiologicamente "magmatica", quali quella del diritto amministrativo.

Come anticipato nell'Introduzione, nell'arco del presente lavoro, si è cercato di rispondere a due differenti quesiti fra di essi strettamente correlati.

Il primo concerne l'individuazione del contenuto dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, nel più ampio quadro dell'esercizio della funzione amministrativa; il secondo riguarda invece l'analisi delle principali esperienze consensuali progressivamente emerse in sede di pianificazione del suolo.

La soluzione al primo quesito è stata ricavata a esito di una complessa disamina diacronica, la quale, partendo dalla nascita dei moderni sistemi di diritto amministrativo, ha ricostruito l'evoluzione del ruolo rivestito dal contratto nell'esercizio delle pubbliche funzioni.

Attraverso la presente analisi si è quindi passati dall'inziale cesura fra provvedimento e contratto, per addivenire quindi, alla successiva e sempre più frequente contaminazione del diritto pubblico con elementi propri di quello comune.

L'apertura al diritto privato, nonché quindi il superamento della necessaria unilateralità della funzionale pubblica, apparve invero evidente con l'emersione della complessa costruzione del contratto di diritto pubblico costituente un vero e proprio crocevia fra diritto pubblico e privato.

Attraverso il contratto di diritto pubblico si poté, infatti, concepire l'esercizio della funzione pubblica mediante un modulo di natura squisitamente negoziale, il quale, da mezzo del tutto ancillare nel quadro dell'inventario a disposizione dell'autorità, divenne, ben presto, strumento di cura del pubblico interesse di riverbero analogo al provvedimento.

La frattura dogmatica del risalente diaframma fra diritto pubblico e privato contribuì, dunque, a inaugurare copiosi e proficui studi tesi a ricostruire, in assenza di un quadro normativo *ad hoc* di riferimento, lo statuto giuridico dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

In disparte le diverse sfaccettature delle singole riflessioni emerse nel panorama speculativo, la complessa analisi ricostruita individuò, ben presto, il proprio baricentro in quell'elemento di indubbia specialità dell'attività contrattuale dell'autorità rappresentato dalla sua funzionalizzazione, ovvero dall'attitudine della medesima a perseguire, seppur in forme terze rispetto a quelle provvedimentali, la cura concreta del pubblico interesse.

La specialità poc'anzi detta costituì quindi il convitato di pietra a partire dal quale dottrina e giurisprudenza elaborarono una disciplina di diritto comune applicabile alle autorità pubbliche del tutto distante da quella propria dei rapporti inter privati, caratterizzata infatti da un insieme profili di specialità idonei a dar sfogo alla cura concreta del pubblico interesse.

Come diffusamente analizzato nel Capitolo primo l'enfasi del profilo funzionale fu tuttavia grimaldello teso a dequotare nelle relazioni pubblicistiche il ruolo del contratto, sovente concepito come mezzo strutturalmente inadeguato a realizzare il corretto esercizio della pubblica funzione.

Le resistenze poc'anzi descritte, subirono tuttavia un profondo ripensamento alla luce della sopravvenuta palingenesi dell'istituto del contratto nonché della l. 7 agosto 1990, n. 241, il cui combinato disposto contribuì, infatti, a porre al centro dell'attività amministrativa il mezzo contrattuale.

In altri termini, per l'effetto dei fattori indicati, venne progressivamente a emergere una rinnovata sensibilità epistemologica che individuò, nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, uno strumento di pari rango a quello provvedimentale, nella cura concreta del pubblico interesse.

La valorizzazione del mezzo contrattuale ha peraltro successivamente spinto per un complessivo ripensamento dei rapporti intercorrenti fra diritto pubblico e diritto privato non più infatti concepiti secondo un approccio di carattere manicheo bensì come sistemi integrati e sovrapposti cui l'amministrazione può ricorrere nell'esercizio delle proprie funzioni.

In altri termini, condivisibile appare dunque l'assunto in base al quale, attuale problema dell'interprete non è più quello di stabilire quale fra il diritto civile o amministrativo sia di volta in volta prevalente, quanto, più correttamente, quello di

addivenire ad una visione unitaria del sistema, dai contorni e sfumature labili, nel quale il bianco e il nero lasciano progressivamente posto a cangianti ed impercettibili sfumature di grigio.

L'evoluzione esegetica ricostruita, nella prima parte del lavoro, ha quindi funto da base logica per l'analisi della parallela esperienza dell'urbanistica consensuale, sviluppatasi, come più volte ribadito, all'ombra di quella sofisticata ed eburnea speculazione descritta sovente incapace di intercettare adeguatamente la realtà coeva.

Se da un lato, infatti, la riflessione dogmatica appariva restia all'uso del contratto nel perimetro delle relazioni pubblicistiche, al contrario, il contratto era di fatto paradigma di azione ordinaria in sede di pianificazione del territorio.

Le incalzanti esigenze di urbanizzazione del territorio, nonché la correlata fame di speculazione edilizia, prevalsero, ben presto, rispetto a pregressi limiti puramente dogmatici inaugurando quindi una proficua e complessa prassi che solo in epoca relativamente recente ha acquisito una propria razionalizzazione e riconoscimento a livello normativo.

Nel perimetro dell'urbanistica, parafrasando il pensiero del Ledda, il sovrano, privo degli adeguati mezzi idonei a garantire un ordinato e armonico sviluppo del territorio, scese quindi dall'empireo del potere per addivenire a patti con il privato, il cui apporto, per le ragioni diffusamente descritte, appariva infatti necessario ai fini dell'urbanizzazione del territorio[454].

L'ambizioso obiettivo che la l. 1150 del 1942 affibbiava alla sola amministrazione veniva quindi di fatto a realizzarsi, nella prassi, attraverso una complessa trama di relazioni sinallagmatiche i cui effetti patrimoniali, venivano dunque a completare e specificare le maglie larghe della pianificazione.

L'esperienza urbanistica venne quindi a caratterizzarsi tradizionalmente per uno spiccato pragmatismo, ponendosi dunque come esperienza sovversiva di regole e principii generali sideralmente distanti dai bisogni propri del territorio.

[454] Cfr. p. 36.

In altri termini, quella periferia del diritto amministrativo quale l'urbanistica dimostrò, ben presto, come a dispetto delle diverse costruzioni dogmatiche, di volta in volta proposte, il "re" fosse di fatto realmente "nudo".

Come più volte ribadito l'enfasi del contratto e per esso del mercato non costituirono peraltro un mero "mercimonio" della funzione ovvero un'acritica apertura della pianificazione a interessi particolari.

Nel settore dell'urbanistica, infatti, l'amministrazione si fece ben presto intermediaria fra le antitetiche esigenze embricate nel territorio flettendo la realizzazione di interessi individuali ed egoistici, dall'indubbio riverbero patrimoniale, in funzione del pubblico interesse.

In altri termini, la concretizzazione di interventi particolari venne saldamente ancorata a quelli di interesse generale realizzandosi quindi una relazione sinallagmatica dal contenuto circolare, tesa a indirizzare la fame di speculazione urbanistica nel verso perseguimento di un comune obiettivo, di rilievo collettivo.

Contratti a monte, contratti a valle, extra oneri, oneri esorbitanti e proporzionalità vengono quindi a costituire formule evocative attraverso le quali transitano e si attuano quei valori di riverbero costituzionale che rampollano dal combinato disposto degli artt. 2 e 42, c. 2 Cost. e che orientano dunque la proprietà privata in favore dell'interesse generale.

Da questo punto di vista il diritto urbanistico viene prepotentemente ad essere il luogo deputato all'emersione di quella rinnovata forma di cittadinanza auspicata dal Benvenuti, nel lavoro *Il nuovo cittadino*, nel quale, in relazione proprio alla fattispecie dell'accordo amministrativo si precisa "*si è in presenza, quindi, di una forma di associazione del cittadino all'esercizio della funzione amministrativa secondo due livelli: un primo che si esplica nella fase istruttoria e un secondo, eventuale, che condiziona la definizione del rapporto. È questa una linea di tendenza invertita rispetto al passato perché si è davanti a un caso di reciprocità dove entrambi i soggetti concorrenti alla definizione del procedimento sono contemporaneamente collaboratori gli uni degli altri, venendo meno perciò ogni*

posizione di preordinata superiorità del pubblico e di subordinazione del privato, entrambi colorati dalla stessa socialità"[455].

Giunti a questo punto, forti della proficua esperienza urbanistica, appare quindi opportuno domandarsi quale sia il ruolo del contratto, nell'attuale perimetro del diritto amministrativo generale.

Come evidenziato da tempo in dottrina, il diritto amministrativo, ovvero il contenuto nonché le modalità di esercizio del potere autoritativo, sono oggetto di un profondo e continuo ripensamento[456].

In particolare, la presente evoluzione appare di sé evidente con riferimento al delicato rapporto intercorrente fra potere e mercato in relazione al quale, si assiste invero a una progressiva e costante retrocessione del tradizionale ruolo rivestito dal soggetto pubblico.

Complice, infatti, il diritto sovranazionale europeo l'attuale panorama storico-giuridico tende sempre più a caratterizzarsi per una preponderante affermazione delle libertà economiche e di mercato il cui libero esercizio esige infatti il superamento di qualsivoglia ostacolo, di natura legislativa o burocratica.

L'esigenza di garantire il libero accesso al mercato, da parte degli operatori economici, ha quindi determinato un radicale mutamento delle forme di controllo esercitate dal soggetto pubblico sulle attività economiche, passate infatti dall'essere forme di controllo *ex ante,* condotte nel prisma della discrezionalità e ponderazione, a forme di controllo *ex post,* tese invece a verificare, senza alcun margine di scrutinio, la coerenza dell'attività economica avviata con il quadro positivo di riferimento.

In altri termini, come correttamente affermato in dottrina, risulta radicalmente eliminato ogni margine di discrezionalità dell'autorità, sia in relazione alle condizioni accesso al mercato da parte dell'impresa sia con riferimento agli obblighi e diritti che tale impresa potrà acquisire nel perimetro del mercato medesimo[457].

---

[455] Cfr. F.BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio editori, Venezia, 1994, p. 87.

[456] Cfr. M.D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, op. cit., pp. 100 e ss.; in termini anloghi, Cfr. G.TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in Diritto amministrativo, 1-2/2016, pp. 107 e ss.

[457] Cfr. M.D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, op. cit., p. 103.

La tendenza poc'anzi descritta, che mira a circoscrivere i margini di intervento discrezionali dalla pubblica amministrazione, appare invero altresì presente nella stessa materia urbanistica, nella quale, come visto, la determinazione delle regole di pianificazione del suolo costituisce invero, tradizionalmente, espressione di un'amplissima discrezionalità dell'amministrazione.

Il recepimento della direttiva europea n. 123/2006, cd. "Bolkestein", ha infatti determinato un complessivo ripensamento del peso e ruolo delle regole di pianificazione molto spesso piegate a fronte delle preponderanti esigenze del mercato[458].

In altri termini, nell'attuale contesto storico, sono gli "uomini della moneta" a prevalere sul "sovrano" sempre più relegato ad un mero ruolo di controllore *ex post,* ovvero esautorato del potere e ruolo originariamente attribuitogli[459].

Ecco perché rappresenta una netta controtendenza rispetto a quanto descritto la valorizzazione del contratto nell'esercizio dell'attività amministrativa.

Con il contratto, infatti, l'amministrazione non si limita a verificare la conformità di un'attività economica comunque intrapresa, bensì concorre, direttamente a monte, a definire il contenuto e limiti della medesima in rapporto alla cura concreta del pubblico interesse.

Attraverso il contratto, il baricentro dell'azione amministrativa si sposta quindi, nuovamente, sul piano della comparazione e della ponderazione, ovvero di attività strettamente connesse al potere "*di apprezzare in un margine determinato*

---

[458] Cfr. Tar Campania, Sez. III, sentenza del 10 agosto 2015, n. 4227, *"Le norme sopra menzionate impongono al giudice, chiamato a sindacare la legittimità degli atti di pianificazione urbanistica che dispongono limiti o restrizioni all'insediamento di nuove attività economiche in determinati ambiti territoriali, l'obbligo di effettuare un riscontro molto più penetrante di quello che si riteneva essere consentito in passato; e ciò per verificare, tramite un'analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto che a tali atti fanno da sfondo, se effettivamente i divieti imposti possano ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano o afferenti all'ordinato assetto del territorio sotto il profilo della viabilità, della necessaria dotazione di standard o di altre opere pubbliche; In caso contrario, le limitazioni in parola non sono più riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e devono , pertanto, essere considerate illegittime."*; sul rapporto fra direttive 123/2006 e disciplina urbanistica Cfr. F.F.GUZZI, *Libertà di iniziativa economica in materia di commercio e limiti pubblicistici connessi alla cd. urbanistica commerciale nella giurisprudenza amministrativa*, in Rivista giuridica dell'urbanistica, 2017, pp. 410 e ss.

[459] Per la nozione di "uomini della moneta" Cfr. R.DI LEO, *L'età della moneta, I suoi uomini, il suo spazio, il suo tempo*, IlMulino, Bologna, 2018.

l'opportunità di situazioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare", meglio noto come discrezionale[460].

Alla luce di quanto detto appare quindi possibile affermare come l'amministrazione abbia modo di recuperare quei margini di discrezionalità perduta proprio attraverso l'uso del contratto, il quale, dunque, da strumento ancillare dell'inventario dell'amministrazione diviene oggi strumento principe di intervento.

In altri termini, parafrasando nuovamente il pensiero del Ledda, potrebbe oggi ritenersi come l'autorità attraverso il contratto, non depone la corona per scendere a patti con il privato, bensì recupera quella sovranità perduta, oggi sempre più condivisa con il privato, il cui apporto diviene in diverse ipotesi strettamente necessario a garantire la miglior cura del pubblico interesse.

[460] Cfr. M.S.GIANNINI, *Scritti*, Vol. I., Giuffrè, p. 53.

Bibliografia.

AGOSTINI, I. (2017), Consumo di luogo. Neoliberismo nel disegno di legge urbanistica dell'Emilia- Romagna, Pendragon.

ALBO, F. (2005), Principi generali dell'attività amministrativa, in La nuova disciplina dell'azione amministrativa, Commento alla legge n. 241 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005, (a cura di TOMEI, R.), Cedam.

AMORTH, A. (1938), Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato, in Arch. Dir Pubbl, oggi in, Scritti giuridici, vol. I, Milano, 1999.

BALESTRIERI, A. (1999), Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati fra discrezionalità amministrativa e autonomia privata, in Presente e futuro della pianificazione urbanistica (a cura di PUGLIESE, F.- FERRARI, E.), Atti del 2º Convegno nazionale (Napoli, 16-17 ottobre 1998), Giuffrè.

BASSANI, M. (2003), Quando i privati devono bandire gare pubbliche per l'esecuzione di opere di urbanizzazione, In Urbanistica e Appalti.

BASSI, N. (2007), Accordi nel diritto comunitario, in, Trattato di diritto amministrativo europeo (a cura di CHITI, M.P. - GRECO, G.), Giuffrè.

BENVENUTI, F. (1956), Gli elementi giuridici della pianificazione territoriale in Italia. Pianificazione territoriale e provinciale (Atti del convegno internazionale, passo della Mendola).

BENVENUTI, F. (1994), Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva, Marsilio editori, Venezia.

BERTI, G. (1988), Il principio contrattuale nell'attività amministrativa. In Scritti in onore di M.S.Giannini, in Scritti in onore di M.S.Giannini (Vol. II).

BOSCOLO, E. (2005), *Espropriazione: la giurisprudenza della CEDU e l'urbanistica regionale tra perequazione, compensazione e premialità*, in Foro Amministrativo Tar.

BOSCOLO, E. (2010), Le perequazioni e le compensazioni, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

BOSCOLO, E. (2014), Standard e poteri regionali, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

BORELLA, A. (2015), Accordi di pianificazione, perequazione e premialità alla luce delle novità legislative (l. n. 164 del 2014 c.d. "Sblocca Italia"), in Rivista giuridica dell'urbanistica.

BRUTI-LIBERATI, E. (1996), Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrativo e privati, Giuffrè.

CACCIAVILLANI, I. (2014), La perequazione in sede di adozione degli strumenti urbanistici, in Lexitalia.

CALEGARI, A. (2014). Il permesso di costruire ordinario e convenzionato (artt. 10, 20, 21 e 28-bis TUED), in Rivista giuridica dell'urbanistica.

CANDIAN, A.-GAMBARO, A. (1992), Le convenzioni urbanistiche, Giuffrè.

CARINGELLA, F. (2017). Manuale di diritto amministrativo, Dike.

CARIPENTIERI, P. (2005) L'azione amministrativa e la sua innegabile specialità: alcuni spunti di riflessione a margine della riforma della l. n. 241 del 1990. giustiziaamministrativa.

CASETTA, E. (1997), Provvedimento e atto amministrativo, in Digesto, discipline pubblicistiche.

CASSESE, S. (1971), Cultura e politca del diritto amministrativo, Il Mulino.

CASSESE, S. (2002), Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo, in Rivista trimestrale di diritto pubblico.

CAVALLO, B. (2000), Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza, Giappichelli.

CERULLI-IRELLI, V. (2016). L'azione amministrativa secondo il diritto privato, in, La disciplina generale dell'attività amministrativa: saggi ordinati in sistema (a cura di G. GRECO), Jovene.

CERULLI-IRELLI, V. (2005), Introduzione, in La pubblica amministrazione e la sua azione, saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalla leggi n. 15/2005 e n. 80/2005, (a cura di PAOLANTONIO,N.-POLICE,A.-ZITO,A.), Giappichelli.

CERULLI-IRELLI, V. (2011), Amministrazione pubblica e diritto privato, Giappichelli.

CERULLI IRELLI, V. (2015), Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione, in Politiche urbanistiche e gestione del territorio, tra esigenze del mercato e coesione sociale (a cura di URBANI, P.), Giappichelli.

CERULLI-IRELLI, V. Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa, in in Astrid rassegna, 2005.

CIRILLO, G.P., (2013), La trascrizione dei 'diritti edificatori' e la circolazione degli interessi legittimi, in giustiziamministrativa.

CIRILLO, G.P., (2018), Sistema istituzionale di diritto comune, Cedam.

CIVITARESE-MATTEUCCI, S. (1992), Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa, Giuffrè.

CIVITARESE-MATTEUCCI, S. (1995), Verso l'urbanistica consensuale, In Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica (a cura di URBANI,P.-CIVITARESE-MATTEUCCI, S.), Torino.

CIVITARESE-MATTEUCCI, S. (1999), Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche, In Presente e futuro della pianificazione urbanistica (a cura di PUGLIESE, F.), Atti del 2º Convegno nazionale (Napoli, 16-17 ottobre 1998), Giuffrè.

CIVITARESE-MATTEUCCI, S. (2006), Contratti e accordi di diritto pubblico, in La disciplina generale dell'attività amministrativa: saggi ordinati in sistema(a (cura di CERULLI-IRELLI, V.), Jovene.

CLARICH, M. (2017), Manuale di Diritto Amministrativo, Il Mulino.

COEN, L. (2012), Semplificazione e procedimenti di pianificazione: la partecipazione al procedimento, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

CORSO, G. (1988), Gli accordi di programma, in L'accordo nell'azione amministrativa (a cura di MASUCCI, A.), Formez.

D'ALBERTI, M. (1981), Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni, Jovene.

D'ALBERTI, M. (1992), Diritto comparato, Il Mulino.

D'ALBERTI, M. (2008), Poteri pubblici, mercati e globalizzazione, Il Mulino.

D'ALBERTI, M. (2010), Le nuove mete del diritto amministrativo, Il Mulino.

D'ALBERTI, M. (2012), Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica, in Rivista trimestrale di diritto pubblico.

D'ALESSANDRO, D. (2017), L'esclusione dalla normativa sugli appalti delle convenzioni non onerose per l'amministrazione (fra programmazione urbanistica, interesse pubblico ed interesse privato), in federalismi.it.

DANIELE, L. (2018), Diritto dell'Unione europea, Giuffrè.

DE DONNO, M. (2010), Il principio di consensualità nel governo del territorio. Le convenzioni urbanistiche, in Rivista giuridica dell'edilizia.

DE DONNO, M. (2018), Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa, gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati, in Federalismi.it.

DE LEONARDIS, F. (2000), Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione, Cedam.

DE LEONARDIS, F. (2016). Procedimento amministrativo e attività di diritto privato, in L'azione amministrativa (a cura di ROMANO A.), Giappichelli.

DE MAIO, G. (2016), Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi, in Giornale di diritto amministrativo.

DE PETRIS, D. (2006), L'attività contrattuale della pubblica amministrazione e l'art. 1, comma 1-bis della legge n. 241/1990, in giustiziamministrativa.

D'ELIA, C. I. (1969), Contratto e provvedimento nel procedimento di lottizzazione, Atti del XV Convegno di studi amministrativi su "Il piano di lottizzazione oggi" (Varenna, settembre 1969), Giuffrè.

DE-VALLES, A. (1924), I servizi pubblici, Società editrice libraria, Milano.

DI LEO, R., (2018) L'età della moneta, I suoi uomini, il suo spazio, il suo tempo, IlMulino, Bologna, 2018.

DURANO, G. (2012), La disciplina degli accordi amministrativi e il loro utilizzo quale strumento di gestione e pianificazione del territorio, in Politiche

urbanistiche di gestione e pianificazione del territorio (a cura di URBANI, P.), Giappichelli.

DURANTE, N. (2019), Scelte urbanistiche ed effetti perequativi, in giustiziamministrativa.

ESPOSITO, F.M. (2017), Urbanistica sociale di mercato, Attuare il passaggio all'economia sociale di mercato, ridisegnarla, partendo da Europa e America Latina, Cacucci editore, Bari.

FALCON, G. (1984), Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri, Giuffrè.

FIORAVANTI, M. (1983), Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo, in Rivista Trimestrale di diritto pubblico, XXXIII.

FORTI, U. (1900), Natura giuridica delle concessioni amministrative, in Giurisprudenza italiana, nonchè in Studi di diritto pubblico, Vol. I.

FRACCHIA, F. (1998), L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutova rispetto a strumenti unilaterale di esercizio del potere, Cedam.

FRATINI, M. (2018). Manuale sistematico di diritto amministrativo, Dike.

FURLAN, E. (2014). Il permesso di costruire in deroga (artt. 14 TUED e 5 d.l. n. 70 del 2011), in Rivista giuridica dell'urbanistica.

GALGANO, F. (2011), Il contratto, Cedam.

GALLETTO, T. (1989), Le convenzioni urbanistiche, in Digesto, discipline Privatistiche.

GAROFOLI, R.-FERRARI, G. (2015), Manuale di diritto amministrativo, Neldiritto.

GASTALDO, V. (2010), Le opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione: un cantiere ancora aperto, in Rivista giuridica dell'edilizia.

GAUDEMET, Y. (2010). Cinquant'anni di diritto amministrativo francese, in Le nuove mete del diritto amministrativo (a cura di M.D'ALBERTI), Il Mulino.

GIANNINI, M.S, (1962), L'attività amministrativa, Roma.

GIANNINI, M.S, (1964), voce Diritto aministrativo, in Enciclopedia del diritto, Milano.

GIANNINI, M.S., (1988), L'amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo, in Trattato di diritto amministrativo (a cura di G.SANTANIELLO), Padova.

GIANNINI, M.S., (1993), Diritto amministrativo, Giuffrè.

GIANNINI, M.S., (2000) Scritti, Vol. I., Giuffrè.

GIOVAGNOLI, R.-FRATINI, M. (2007), Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza, procedimento e accesso, Giuffrè.

GIUSTI, A. (2018), La rigenerazione urbana, Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione, Editoriale scientifica, Napoli.

GRAUSO, P. (2007), Gli accordi della pubblica amministrazione con il privato, Giuffrè.

GRECO, G. (2003), Accordi Amministrativi, tra provvedimento e contratto, Giappichelli.

GUALANDI, F. (2004), L'evoluzione della legislazione urbanistica: il caso dell'Emilia Romagna, in Diritto&Diritti.

GUALANDI, F. (2019), Il nuovo governo condiviso del territorio, in Pausania.

GUZZI, F.F., (2017) Libertà di iniziativa economica in materia di commercio e limiti pubblicistici connessi alla cd. urbanistica commerciale nella giurisprudenza amministrativa, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

LEDDA, F. (1965), Il problema del contratto nel diritto amministrativo (contributo ad uno studio de cd. contratti di diritto pubblico) Torino.

MADERA, A. (2012) Il regime di circolazione dei titoli volumetrici derivanti dagli strumenti perequativi, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

MALTONI, A. (2009), Perequazione e compensazioni in Emilia Romagna, in Governo e mercato dei diritto edificatori, esperienze regionali a confronto (a cura di BARTOLINI.A-MALTONI.A), Editoriale scientifica.

MALTONI, A.-DI LENA, S. (2014), Pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi, in Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale (a cura di URBANI, P.), Giappichelli.

MANDANARO, A. (2008), Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza, in Urbanistica e Appalti.

MANFREDI, G. (2001), Accordi e azione amministrativa, Giappichelli.

MANNORI, L.-S. B. (2003). Storia del diritto amministrativo, Laterza.

MANTINI, P. (2013) Dall'urbanistica per piani ed accordi al governo liberale del dterritorio per sussidiarietà e concorsualità, in Rivista giuridica dell'edilizia.

MARCHETTI, B. (2013) Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato, in, Pubblico e privato nell'azione amministrativa, problemi e prospettive (a cura di FALCON, G.-MARCHETTI, B.), Cedam.

MARONGIU, G. (1988), La pubblica amministrazione di fronte all'accordo. Considerazioni preliminari, in L'accordo nell'azione amministrativa (a cura di MASUCCI.A), Formez.

MARZETTA, C., (2014) Le azioni giudiziali avvero la monetizzazione sostitutiva della cessione degli standard urbanistici: termine decadenziale o prescrizionale?", in Amministrazione in Cammino.

MARZUOLI, C. (1982), Il principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione, Giuffrè.

MASUCCI, A. (1988), Trasformazione dell'attività amministrativa e moduli consensuali, Jovene.

MATTARELLA, B. (2000), L'imperatività del provvedimento amministrativo, Cedam.

MAURO, E., (2007) Note in tema di diritto amministrativo paritario, Lecce.

MAZZARELLI, V. (1979), Le convenzioni urbanistiche, Bologna.

MAZZARELLI, V. (1995), Convenzioni urbanistiche come contratti e come moduli organizzzativi, in Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti fra privati (a cura di COSTANTINO M.), Milano.

MAZZAROLLI, L.-PERICU, G.-ROMANO, A.-ROVERSI-MONACO, F.A.-SCOCA, F.G. (1993) (2001) (2005), Diritto amministrativo, Bologna.

MENGOLI, V. (2003), Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni, Giuffrè.

MERUSI, F. (1997), La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti, Rivista italiana di diritto pubblico comunitario.

MERUSI, F. (2001), Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza", in Rivista italiana di Diritto Pubblico comparato.

MIELE, G. (1931), La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo, Roma.

MIELE,G. (1962). La pianificazione urbanistica, in La pianificazione urbanistica, Atti del VII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna.

MOLITERNI, A. (2016), Amministrazione consensuale e diritto privato, Jovene.

MORI, S. (2010), Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche: spunti di riflessione, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

NAPOLITANO, G. (2003), Pubblico e privato nel diritto amministrativo, Giuffrè.

NAPOLITANO, G. (2005), Soggetti privati "enti pubblici"? Diritto Amministrativo, fasc. 4, 2003.

NIGRO, M. (1988). Conclusioni, in L'accordo nell'azione amministrativa (a cura di MASUCCI, A.), Formez.

NIGRO, M. (1997), Lineamenti generali, in Manuale di diritto pubblico. Lezione dei pubblici poteri (a cura di G.AMATO-A.BARBERA), Bologna.

PAGLIARI, G. (2008), Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

PAGLIARI, G. (2009), Pianifiazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

PAGLIARI, G. (2012), La contractualisation dans le droit de l'urbanisme, in Rivista giuridica dell'edilizia.

PAGLIARI, G. (2014), La materia del governo del territorio nella giurisprudenza costituzionale, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

PERICU, G. (1966), Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione, in Annuali della Facoltà di Giurisprudenza degli Studi di Genova.

PERICU, G. (1993-2005), L'attività consensuale della pubblica amministrazione, in Diritto amministrativo (a cura di MAZZAROLLI, L.-PERICU, G.-ROMANO, A.-ROVERSI MONACO, F.A.-SCOCA,F.G., ed. I-III, Bologna, Monduzzi.

PERINI, A. (1998), Verso l'urbanistica consensuale: un'occasione mancata? In Rivista giuridica dell'urbanistica.

POLICE, A. (2004), Strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa deinomi, legalità ed effettività, in Rivista giuridica dell'edilizia.

PORTALURI, P. (1998), Potere amministrativo e porcedimenti consensuali.Studi sui rapporti a collaborazione necessaria, Giuffrè.

PORTALURI, P. (1999), Il privato nelle trasformazioni territoriali, in Presente e futuro della pianificazione uranistica (a cura di PUGLIESE, F.-FERRARI, E.), Atti del 2º Convegno nazionale (Napoli, 16-17 ottobre 1998), Giuffrè.

PRIMERANO, G. (2017), La circolazione dei diritti edificatori: verso un nuovo mercato?, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

QUAGLIA, M., *"Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica (nota a Corte di giustizia delle Comunita` europee, Sezione VI; sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/ 98)"* in *Rivista di diritto pubblico comunitario.*

QUAGLIA, M., *Urbanistica consensuale,* in Trattato di diritto del territorio, a cura di P.URBANI-P.STELLA-RICHTER-F.G.SCOCA, Giappichelli, Torino, 2018.

RANELLETTI, O. (1992), Scritti giuridici scelti, Vol. III, Jovene editore.

RANELLETTI, O. (1934), Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione, IV ed., Giuffrè, Milano.

RENNA, M. (2010), Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo, in Diritto Amministrativo.

ROBALDO, E. (2016), La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo Codice, in Urbanistica e Appalti.

ROMANO, S. (1912), Diritto amministrativo, III ed., Società editrice libraria, Milano.

ROMANO, S. (1979), L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata, Milano.

ROPPO, V. (2011), Il contratto, Giuffrè.

ROSSI, G. (2015) Principi di diritto amministrativo, Giappichelli.

SACCO, R. (2016), Il contratto, Vicenza.

SAITTA, F. (2014), Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa, in Diritto Amministrativo.

SANDULLI, A. (2017), Codice dell'azione amministrativa, Giuffrè.

SANDULLI, A. (1998), La proporzionalità, Cedam.

SCOCA, F.G., (2002), voce Attività amministrativa, in Enciclopedia del Diritto.

SIMONATI, A. (2012), La partecipazione dei privati alla pianificazione urbanistica, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

SIMONATI, A. (2014) La partecipazione dei privati al governo del territorio nella giurisprudenza amministrativa francese: enquete publiche e Z.A.C., in Rivista giuridica dell'urbanistica.

SORDI, B. (1985), Giustizia e amministrazione, Giuffrè.

STANGHELLINI, S., (2007) Piani urbanistici, proprietà del suolo e mercato immobiliare: considerazioni sul governo del territorio negli Stati Uniti d'America. In transfert of development rights negli USA, in Strumenti per il governo del territorio, Perequazione urbanistica e Borsa dei diritti edificatori (a cura di Marcello De Carli), Francoangeli.

STAROPOLI, P. (2018), Il lavoro gratifica, quindi è gratuito. Non convince la recente sentenza con cui il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo il compenso di un euro per la prestazione professionale resa nell'interesse della pubblica amministrazione (nota a Consiglio di Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614), in Amministrazione in cammino.

STELLA RICHTER, P. (1998), Necessità e possibilità della pianificazione urbanistica, in Presente e futuro della pianificazione urbanistica (a cura di PUGLIESE, F.- FERRARI, E.), Atti del 2º Convegno nazionale (Napoli, 16-17 ottobre 1998), Giuffrè.

STELLA RICHTER, P. (2006), Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà, in Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte Costituzionale, Napoli.

STELLA RICHTER, P. (2008), I rapporti fra legislazione statale e legislazione regionale, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

STICCHI-DAMIANI, E. (1992), Attività amministrativa consensuale e accordi di programma, Giuffrè.

SULLO, F. (1964), Lo scandalo urbanistico, Firenze.

TASSONE, A.R. (2006), Funzione amministrativa e diritto privato (e il problema delle situazioni giuridiche soggettive), in giustiziamministrativa.

TORCHIA, L. (2017), Teoria e prassi delle decisioni amministrative. Decisioni amministrative e processi deliberativi. Bergamo 5-7- ottobre.

TORRENTE, A. (2015), Manuale di diritto privato, Giuffrè.

TRAVI, A. (1995), Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità, in Diritto Pubblico.

TRAVI, A. (1997), Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni 90', in Foro Italiano.

TROPEA, G. (2016), La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015, in Diritto amministrativo.

URBANI, P. (2000),Urbanistica consensuale, bollati Boringhieri.

URBANI, P. (2005), Pianificare per accordi, in rivista giuridica dell'edilizia.

URBANI, P. (2009), Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa, in Rivista giuridica dell'edilizia.

URBANI, P. (2011), Urbanistica solidale, Bollati Boringhieri.

URBANI, P. (2013), Le nuove frontiere del diritto urbanistico, Giappichelli.

URBANI, P. (2013) Conformazione dei suoli e finalità economico sociali, in Urbanistica e Appalti.

URBANI, P. (2015), Dell'urbanistica consensuale, in Scritti Scelti, Giappichelli.

URBANI, P. (2015), Le modifiche a TU n. 380/2001 dopo la L. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica, in Giurisprudenza Italiana.

URBANI, P. (2015) I rapporti pubblico privato nell'attuazione del piano, in Scritti scelti.

URBANI, P. (2015) Politiche urbanistiche tra coesione sociale e mercato: una introduzione, in Politiche urbanistiche e gestione del territorio, tra esigenze del mercato e coesione sociale, Giappichelli.

URBANI, P.- CIVITARESE-MATTEUCCI, S. (2013), Diritto urbanistico organizzazione e rapporti, Giappichelli.

VILLAMENA, S. (2015), Proporzionalità e governo del territorio. Tecniche di controllo nella giurisprudenza amministrativa recente, in Rivista giuridica dell'urbanistica.

VINTI, S. (2008), Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche, Cedam.