

INTRODUZIONE

In questo elaborato giuridico-scientifico ho cercato di analizzare la disciplina degli accordi amministrativi alla luce del difficile binomio tra il principio di consensualità e la tutela dell'interesse pubblico che sussiste in questa fattispecie.

Scopo di questa tesi è appunto quello di descrivere come l'introduzione della consensualità vada ad incidere nell'azione amministrativa e nei tradizionali rapporti tra potere pubblico e privati.

Il lavoro è suddiviso in quattro capitoli.

Nel primo capitolo ho trattato l'evoluzione delle teorie più significative sulla possibilità dell'introduzione del principio di consensualità nell'azione amministrativa; partendo da una concezione di pubblica amministrazione monolitica e autoritaria, propria della concezione ottocentesca dello Stato di diritto, fino ad arrivare alla commissione Nigro e alla legge 7 agosto 1990, n.214, che con l'art. 11 ha introdotto la figura degli accordi tra pubblica amministrazione e privati.

Nel secondo capitolo ho trattato l'inquadramento sistematico degli accordi ex art. 11, anche alla luce dell'importante legge 11 febbraio 2005, n. 15, che è servita a dare un impulso ai moduli consensuali, rimasti prima di allora poco utilizzati, nonostante la legge 241/90.

Ho inoltre analizzato le varie teorie sulla natura giuridica degli accordi amministrativi, comprendendo in questa analisi le altalenanti pronunce giurisprudenziali, che nel corso degli anni hanno appoggiato quando una teoria, quando l'altra, fino alla nota sentenza n. 204 del 6 luglio 2004 della Corte Costituzionale, che ha consacrato la concezione pubblicistica degli accordi amministrativi.

Il terzo capitolo è dedicato al regime giuridico degli accordi partendo da quattro tipi di fonti: le regole individuate direttamente dall'art. 11; la disciplina contenuta nelle leggi settoriali; i principi del Codice civile

in materia di obbligazioni e contratti; le clausole dell'accordo definibili dalle parti nello scambio negoziale.

Ho poi analizzato i casi di patologia dell'accordo e quale disciplina si applica ai singoli casi per porvi rimedio, tenendo conto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Giurisdizione che oggi è attribuita a tale giudice dall'art. 133 c.p.a., e che risolve un problema non da poco, se consideriamo la particolarità della materia che è sempre stata al confine tra diritto pubblico e diritto civile.

Ho dedicato il quarto capitolo alle fattispecie di accordi tipizzate dal legislatore, concentrandomi particolarmente sulle convenzioni urbanistiche, in quanto è proprio nell'urbanistica, più che in altri ambiti, che l'azione amministrativa genera conflitti tra interessi pubblici e privati. Conflitti risolti attraverso l'applicazione del principio di consensualità. Sempre in materia urbanistica mi sono occupato poi degli accordi c.d. a monte delle prescrizioni urbanistiche, che sebbene siano piuttosto utilizzati negli ultimi anni, sono scarsamente normati e nei quali si trova forse il livello maggiore di applicazione del principio di consensualità.

Ho infine analizzato le concessioni di diritti pubblici e la figura del project financing.

CAPITOLO 1:EVOLUZIONE STORICA DEGLI ACCORDI AMMINISTRATIVI.

1.1. Breve introduzione.

La pubblica amministrazione può relazionarsi in due modi rispetto ai privati: ponendosi in posizione di supremazia utilizzando le prerogative e gli strumenti attribuiti dal diritto amministrativo oppure ponendosi in una posizione di tendenziale parità con il cittadino, utilizzando gli strumenti propri del diritto privato.

Il provvedimento amministrativo è una manifestazione di autorità del potere esecutivo ed è improntato alla cura dell'interesse pubblico. Il contratto è invece una manifestazione dell'interesse individuale che si realizza tramite un procedimento consensuale, attraverso la manifestazione di volontà tra soggetti di pari dignità.

In ogni Stato, l'attività della pubblica amministrazione è fortemente improntata nell'uno o nell'altro modo d'agire, delineando due modelli: gli Stati a diritto amministrativo e gli Stati a common law. Negli ultimi decenni questa rigida distinzione è andata sempre più attenuandosi, essendoci state delle contaminazioni tra i due modelli. Fino agli anni '90 dello scorso secolo, in Italia, sebbene esistessero diverse forme di accordi (ad esempio in materia urbanistica) la pubblica amministrazione ha operato essenzialmente utilizzando il vecchio metodo autoritativo dell'esplicazione delle pubbliche funzioni per passare progressivamente ad un nuovo metodo nel quale, per i rapporti interni alla pubblica amministrazione, i vari poteri pubblici si accordavano tra loro per programmare ed eseguire interventi in modo più efficiente e incisivo, mentre per quello che riguardava i rapporti esterni, la pubblica amministrazione poteva contrattare con il privato i propri provvedimenti, per realizzare l'interesse pubblico. Prima di giungere alla legge 241/1990, con la quale, all'art.11 è stata prevista

per l'amministrazione pubblica la possibilità di concludere con il privato sia accordi procedimentali (cioè accordi per determinare i contenuti discrezionali di un provvedimento) sia accordi sostitutivi del provvedimento occorrerà fare un breve excursus storico delle idee e delle discipline antecedenti.

1.2. Dal sorgere della tematica fino alla prima metà del '900.

Tra la fine del 1700 e la fine del 1800 il contratto era uno dei più importanti strumenti in mano all'amministrazione. Giurisprudenza e dottrina ritenevano che il diritto privato fosse l'unica disciplina applicabile a tutti quegli atti dell'amministrazione che implicassero il consenso dei soggetti privati. Ciò valeva per le concessioni, per il pubblico impiego, per le autorizzazioni e per l'espropriazione di pubblica utilità¹.

Il motivo di questa concezione era essenzialmente che, nello Stato assoluto, quando il sovrano compiva atti imperativi esercitando quindi un potere, non esistevano regole giuridiche; quando invece si trattava di atti in cui lo Stato non esercitava un potere, si applicava il diritto comune.

Alla fine del 1800 la concezione liberistica e garantistica dello Stato di diritto disegnava una pubblica amministrazione che esercitava un diritto autoritario che assoggettava il privato, il quale poteva avere nei confronti del potere pubblico solo posizioni giuridiche oppositive. Questa visione non prevedeva alcuna forma di negoziazione dell'interesse pubblico ed escludeva qualsiasi accordo tra amministrazione e destinatario di un provvedimento.

La tematica del contratto di diritto pubblico nacque in Germania dove era circoscritta allora ai casi di concessione della cittadinanza e alla

¹ MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca, 1879, p. 197 e ss.

costituzione del rapporto di pubblico impiego, per giustificare la limitazione della sfera privata superando la riserva di legge. Ma il contratto di diritto pubblico non era ancora visto come fonte autonoma dei rapporti di diritto amministrativo.

In Italia, negli Stati preunitari, le concessioni di godimento di beni demaniali e gli appalti di lavori o forniture rientrarono nel contenzioso amministrativo, fino alla sua abolizione, quando queste materie passarono al giudice unico ordinario².

Fu solo nel 1889, con la Legge n. 5992 del 31 marzo, che ripristinò la giurisdizione amministrativa attraverso l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, che divennero evidenti i problemi di giurisdizione per i casi di confine tra diritto pubblico e privato.

All'inizio del 1900, con il progressivo affermarsi dello Stato sociale, incominciarono ad aumentare gli interventi della pubblica amministrazione nella vita economica e sociale del paese (ferrovie, gas, energia elettrica, tranvie ecc.) e di conseguenza un diritto amministrativo improntato sull'autoritarità si rivelò non adeguato a rispondere a tutte le esigenze che la pubblica amministrazione si trovò a dover affrontare. In questo contesto il privato incominciò ad avere nei confronti del potere pubblico anche posizioni pretensive e non solo oppositive.

Incominciarono a sorgere posizioni favorevoli alla nascita di una nuova figura di contratto di diritto pubblico. Il primo ad accogliere questa nuova figura fu Forti³.

Forti, ispirato dalla concezione tedesca, distingueva le concessioni amministrative in unilaterali (per i beni pubblici) e in bilaterali (per i servizi pubblici). In quelle unilaterali il concessionario poteva sciogliere il rapporto con una semplice rinuncia del vantaggio che gli

² GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli Editore, 2003, p. 11.

³ FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, p. 412.

era stato conferito con la concessione, invece in quelle bilaterali il privato aveva assunto un obbligo di gestione di un servizio pubblico nei confronti dell'amministrazione. Questo obbligo non aveva però natura autoritativa, perché il concessionario lo aveva assunto volontariamente attraverso il proprio consenso. Per questo motivo, secondo l'Autore, la natura giuridica della concessione era necessariamente quella contrattuale; ma era un contratto che non era regolato da tutte le norme del diritto privato e nel quale non esisteva parità tra la parte pubblica e quella privata.

La posizione di Forti era in contrasto con quella di Cammeo⁴ e Ranelletti⁵ che erano invece convinti che il soggetto pubblico non agisse mai nei confronti del privato in modo contrattuale. La forma contrattuale poteva esistere solo quando l'accordo era tra soggetti pubblici, che come tali, operavano su un piano di sostanziale parità.

In un simile contesto, la giurisprudenza si espresse, con una famosa sentenza della Corte di Cassazione del 1910⁶. Decidendo una controversia relativa ad un'area demaniale marittima per uso industriale, il cui concessionario aveva violato i limiti di costruzione imposti dalla concessione, la Cassazione affermò che nella concessione erano presenti due negozi giuridici distinti anche se congiunti. Il primo negozio era di natura unilaterale ed era quello nel quale lo Stato decideva di concedere un determinato bene ad un soggetto privato che, manifestando il proprio consenso, diventava concessionario. Il secondo, di natura necessariamente contrattuale, era quello nel quale l'amministrazione dello Stato si accordava con il concessionario per trattare le condizioni della concessione, attraverso un vero e proprio contratto.

⁴ CAMMEO, *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, LVI, Pisa, 1896.

⁵ RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc.giur.*, vol. 22, 1896.

⁶ Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. Dir. Comm*, 1910, p. 248.

Secondo questa tesi, c.d. del provvedimento-contratto, (definita anche costruzione dualista o a doppio grado) proposta dalla Corte di Cassazione, il provvedimento unilaterale e il contratto, rimangono assoggettati a regimi diversi e sono collegati tra loro da un rapporto di presupposto-conseguenza che determina l'estinzione del contratto al venir meno, per qualsiasi motivo, del provvedimento unilaterale dell'amministrazione.

Tra gli anni trenta e quaranta del novecento, la categoria dei contratti di diritto pubblico incominciò ad essere riconosciuta ed approfondita da una considerevole parte della dottrina.

Particolarmente importante fu il contributo di Miele che intervenne nella questione dell'ammissibilità del contratto amministrativo concependolo come un accordo fra due soggetti assolutamente eguali e come uno strumento ordinario e quindi non eccezionale, di azione amministrativa⁷. Secondo Miele infatti il ragionamento doveva partire da due criteri: *“l'inesistenza di un atto amministrativo e il decorrere degli effetti dal momento in cui si è operato il consenso fra la manifestazione di volontà dell'amministrazione e quella del singolo”*⁸. Secondo questa concezione erano esclusi dal gruppo dei contratti di diritto amministrativo, il pubblico impiego e le concessioni, perché in questi casi la volontà del privato era un mero requisito di efficacia dell'atto autoritativo.

Anche quando la volontà dava vita a delle convenzioni, sarebbero state delle attività accessorie rispetto all'atto espressione del potere pubblico⁹. Rientravano invece nella categoria dei contratti di diritto amministrativo diverse fattispecie, come le convenzioni tra amministrazioni scolastiche ed enti privati che gestivano scuole

⁷ NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°17, Milano, Giuffrè, 1988, p. 279.

⁸ MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931, cit., p. 32.

⁹ ID., op. cit., p. 40.

elementari, gli accordi amichevoli nel procedimento di espropriazione e i concordati tributari.

Secondo Miele, infine, quando non esistevano prescrizioni di legge che obbligavano all'emanazione di un provvedimento amministrativo in una determinata materia, il contratto poteva diventare uno strumento sostitutivo del provvedimento, infatti: *“quando nulla è detto circa la veste che l'attività amministrativa deve assumere e all'autorità, di ragione, è rilasciato un potere discrezionale sulla scelta della 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*¹⁰.

Un altro contributo molto importante dell'epoca ci viene fornito da Mario Gallo¹¹, per il quale il contratto di diritto pubblico era un contratto nel quale l'interesse predominante rimaneva quello pubblico. Questa supremazia dell'interesse pubblico sarebbe stata anche nella volontà del privato, che, anche se intendeva conseguire un proprio interesse, era consapevole che esso si poteva realizzare solo se compatibile con l'interesse pubblico. Quindi la causa del contratto, anche per il privato, sarebbe la realizzazione dell'interesse pubblico. Tale concezione era fortemente criticata da Guicciardi, che contestava l'esistenza stessa del contratto di diritto pubblico¹². Secondo l'Autore infatti, già affermare l'esistenza della figura del contratto di diritto pubblico andava contro il generale principio di economia, secondo il quale ogni risultato deve essere assunto con il minimo impiego di mezzi possibile. Secondo questa concezione, il contratto era proprio del diritto privato. Nel diritto pubblico tutti i rapporti giuridici potevano essere regolati da rapporti unilaterali dell'amministrazione, senza bisogno di scendere ad accordi con i privati.

¹⁰ ID., op. cit., p. 48.

¹¹ GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1936.

¹² GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. Dir. Pubb.*, 1936.

In secondo luogo poi, se la figura del contratto di diritto pubblico fosse esistita veramente, avrebbe dovuto avere nel diritto pubblico la dignità di categoria generale e un'importanza paragonabile a quella che aveva nel diritto privato. Invece, anche gli stessi sostenitori della sua esistenza ne limitavano l'applicazione a casi residuali.

Secondo Piero Bodda¹³, lo scopo della parte pubblica nel contratto era quello di appagare un bisogno pubblico mediante la soddisfazione di un interesse privato, attraverso un accordo. Allo stesso tempo il privato per perseguire il proprio interesse doveva necessariamente soddisfare l'interesse pubblico. Quindi per Bodda la figura del contratto di diritto pubblico esisteva perché gli effetti di esso nascevano dall'incrocio della volontà delle parti e non da un atto autoritativo. Ad esso si applicava però il regime pubblicistico, e questo assumeva una particolare importanza in caso di revoca per sopravvenute ragioni di interesse pubblico. Infatti in questo caso l'interesse pubblico aveva precedenza sull'interesse privato, e questo giustificava la revoca; cosa che invece era negata per i contratti tra enti pubblici, in quanto in questo caso non era solo una parte ad essere portatrice dell'interesse pubblico.

Non è chiaro se le critiche di Guicciardi possano ritenersi oggi superate. Ma nel corso degli anni la figura del contratto di diritto pubblico ha ricevuto sempre maggiori consensi in dottrina. In particolare nell'ambito delle concessioni di pubblici servizi.

Secondo De Valles infatti nelle concessioni di pubblico servizio convergono elementi del diritto privato ed elementi del diritto pubblico. Si crea tra concedente e concessionario un rapporto che genera diritti e obblighi reciproci e si caratterizza per il fatto che il principale diritto e il principale obbligo del concessionario sono

¹³ BODDA, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, F.lli Treves, 1937.

connessi all'esercizio del pubblico servizio¹⁴.

La stessa Corte di Cassazione affermerà in una sentenza del 1933¹⁵ che in simili figure di concessioni amministrative l'elemento pubblicistico concorre con un elemento privato, che può dare origine a diritti soggettivi di natura patrimoniale a favore del concessionario.

Secondo Zanolini¹⁶ la figura del contratto trovava naturalmente applicazione anche fuori dall'ambito privatistico. Anche per lui nella maggioranza dei casi la manifestazione di volontà del privato era una mera condizione di efficacia dell'atto unilaterale, ma rilevava che esistevano concessioni e rapporti d'impiego, che avevano forma contrattuale. In ogni caso per l'Autore, la distinzione era puramente formale perché la forma unilaterale o contrattuale degli atti non aveva influenza sugli effetti che sono gli stessi di un atto amministrativo unilaterale.

Non possiamo concludere il nostro excursus storico sulle teorie sul contratto di diritto pubblico della prima metà del novecento senza soffermarci sul pensiero di Antonio Amorth.

Amorth dava per scontata l'esistenza dei contratti di diritto pubblico e non se ne è mai occupato direttamente, concentrandosi più in generale sui rapporti tra il diritto pubblico e il diritto privato nell'azione amministrativa¹⁷. Amorth prospettava una tripartizione dell'attività amministrativa: accanto all'attività di diritto pubblico e all'attività privata dell'amministrazione (attività puramente accessoria e che non sarebbe differente da quella che un privato pone in essere per gestire il proprio patrimonio), l'Autore introduceva "*l'attività amministrativa di*

¹⁴ DE VALLES, *Concessioni di pubblici servizi* in *Nuovo Dig. It.*, Torino, 1938, p. 580.

¹⁵ Cass. Roma, 8 giugno 1933, in *Foro It.*, 1933, I, c.1150.

¹⁶ ZANOLINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950.

¹⁷ AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, Vol. III, 1938, p. 455 e ss., e ora in *Scritti giuridici, 1931-1939*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 273 e ss.

*diritto privato*¹⁸. Attività che formalmente è privatistica, ma sostanzialmente è amministrativa. Perché vi possa essere la sostituibilità di un procedimento pubblicistico con un'attività amministrativa di diritto privato è necessario che il diritto privato conceda all'amministrazione la possibilità di raggiungere lo stesso risultato che potrebbe raggiungere con l'attività di diritto pubblico (oltre naturalmente all'assenza di leggi che lo vietino espressamente).

Una volta stabilito che i due strumenti sono astrattamente fungibili tra loro, Amorth dice che l'amministrazione non ha completa libertà di scelta. Sarebbe stato quindi possibile per l'amministrazione scegliere tra l'uno o l'altro regime quando fosse stata la norma stessa a concedere simile facoltà. Ma si poteva pervenire a medesime conclusioni, anche quando quest'ultima fosse ricavabile implicitamente dalla legge, e cioè quando la disposizione stessa pone il diritto pubblico come un "mezzo" per realizzare nel modo più confacente i fini pubblici. Quindi può essere utilizzata la soluzione privatistica, quando "*il diritto privato conceda all'amministrazione la possibilità di raggiungere lo stesso risultato che essa potrebbe ottenere mediante l'applicazione del procedimento pubblicistico*"¹⁹.

La sostituibilità veniva quindi concretamente riscontrata tra il provvedimento di espropriazione e il contratto di compravendita, tra la concessione ed altri contratti di diritto privato ed infine tra l'autotutela esecutiva ed il ricorso all'autorità giudiziaria.

Le considerazioni di Amorth risultano essere molto attuali ancora oggi.

1.3. Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali della seconda metà del '900.

Nella seconda metà del novecento, mentre in Germania il contratto di diritto pubblico riceveva consensi, in Italia, con l'avvento della

¹⁸ ID., op. cit., p. 279.

¹⁹ ID., op. cit., p. 307.

Repubblica, l'argomento venne ripreso in mano dalla dottrina e incominciarono a maturare le prime voci di dissenso.

Tra queste va ricordata la posizione di Virga²⁰, che negava la possibilità di ricorrere ad un contratto con il privato per l'esercizio delle pubbliche podestà. In primo luogo perché il privato, a differenza dell'organo pubblico, perseguirebbe interessi personali. In secondo luogo perché sarebbe proprio da negare l'esistenza della figura del contratto di diritto pubblico, poiché non sarebbe ammissibile un incontro del potere dispositivo, proprio dei diritti dei privati, e quello coattivo dell'amministrazione pubblica.

Inoltre, se si fosse trattato di contratti, avrebbero dovuto essere esclusi i poteri di revoca e di ritiro esclusivamente da parte dell'amministrazione. Invece in tutte le ipotesi di contratto di diritto pubblico, il privato non poteva mai recedere, mentre il soggetto pubblico sì.

Virga però non escludeva che la pubblica amministrazione potesse determinare il contenuto di un proprio provvedimento autoritario attraverso una convenzione con i privati; ma l'eventuale accordo era solo un presupposto di legittimità del provvedimento (se interveniva prima della sua emanazione) o un requisito di efficacia (se interveniva dopo l'emanazione) in quanto la volontà costitutiva del rapporto doveva sempre essere di origine autoritaria²¹. Infatti, se l'amministrazione, per sopravvenute ragioni di interesse pubblico, avesse revocato unilateralmente il provvedimento, ciò avrebbe travolto anche il vincolo contrattuale.

La rivalutazione della concezione dualistica venne approfondita e sostenuta ulteriormente da Gullo²².

²⁰ VIRGA, *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol IX, Milano, 1961, p.979 e ss.

²¹ VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, p.140.

²² GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965.

Anche Gullo come Virga, partiva dalle posizioni negazioniste di Guicciardi. L'Autore affermava che non si poteva parlare di contratto *di* diritto pubblico, ma di contratto *nel* diritto pubblico²³, in quanto il contratto di diritto pubblico era una figura che non poteva esistere a regolare i rapporti tra il potere pubblico e i privati. Quindi, più che creare una nuova fattispecie, bisognava regolare il contratto, quale istituto già ben definito, nei rapporti tra amministrazione e privati. Stabilito questo, ogni volta che l'amministrazione doveva curare interessi pubblici, secondo l'Autore, doveva farlo con lo strumento dell'atto amministrativo.

Per questo motivo l'Autore accoglie la figura dualistica del provvedimento-contratto, dove il contratto risulterebbe un mero accessorio del provvedimento, il quale sarebbe invece una condizione di esistenza del contratto stesso.

Questa relazione tra provvedimento e contratto non era condivisa da Ledda²⁴, che pur negava l'esistenza del contratto di diritto pubblico. L'Autore ribadiva l'incociliabilità tra contratto e azione amministrativa in quanto era ritenuto impossibile il collegamento tra elementi autoritativi ed elementi negoziali. Ancora più impossibile era considerata la convergenza di questi elementi in un unico atto.

Secondo l'Autore, contratto e provvedimento sarebbero tra loro antitetici in quanto il contratto mirerebbe a trovare una convergenza tra gli interessi coinvolti, il provvedimento, per sua natura, tenderebbe alla prevalenza dell'interesse pubblico su quello dei privati. Interessi che sarebbero necessariamente in conflitto tra loro.

Infine Ledda poneva a base della sua critica la mancanza di una norma che legittimasse l'esistenza del contratto di diritto pubblico.

²³ ID., op. cit., p. 284.

²⁴ LEDDA, *Il problema del contratto di diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1964, ed ora in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002.

Altro importante negazionista della figura del contratto di diritto pubblico fu Giannini.

Giannini²⁵ rifiutava ogni categoria intermedia tra il contratto di diritto privato e il provvedimento amministrativo. L'eventuale ricorso a figure intermedie era ammissibile solo quando non si riuscisse ad includere un istituto nelle due categorie di partenza. Anche Giannini riprese l'argomento di Gullo, per il quale c'era stata una confusione tra il contratto *di* diritto pubblico (inammissibile) e il contratto *nel* diritto pubblico. Secondo questa concezione di partenza aveva individuato quattro categorie di contratti: *contratti ordinari, contratti speciali, contratti ad evidenza pubblica e contratti ad oggetto pubblico*²⁶.

Secondo l'Autore erano proprio i contratti ad oggetto pubblico che potevano sostituirsi alla controversa figura dei contratti di diritto pubblico. Erano contratti ad oggetto pubblico tutti quelli che avevano ad oggetto un bene di cui solo l'amministrazione poteva disporre. L'unico problema era dato dalla natura pubblica del bene oggetto di disposizione e dalla natura privatistica del contratto. Giannini risolveva questo problema collegando il contratto ad oggetto pubblico al provvedimento. Infatti con il provvedimento si curava l'interesse pubblico, mentre al contratto, che rimaneva nel campo del diritto privato, erano assegnati i profili patrimoniali del rapporto che si era creato. Questa ricostruzione andava quindi a ricollocarsi nella concezione dualistica.

Giannini suddivideva poi i contratti ad oggetto pubblico mediante una tripartizione: contratti accessivi necessari, contratti ausiliari di provvedimenti e contratti sostitutivi di provvedimenti. Nei contratti accessivi necessari trovavamo, come nella più tradizionale concezione dualistica, un collegamento tra provvedimento e contratto, nel quale il primo condizionava l'esistenza del secondo, ma

²⁵ GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962.

²⁶ ID., op. cit., p. 42.

non viceversa. Questo era lo schema delle concessioni di beni e nelle concessioni di servizi pubblici.

I contratti ausiliari di provvedimenti erano simili agli accessivi, ma qui la presenza del contratto era solo facoltativa, in quanto il provvedimento poteva già di per se essere sufficiente per raggiungere il risultato.

Il quadro mutava notevolmente nella terza categoria, quella dei contratti sostitutivi di provvedimenti. Esempio tipico di questa fattispecie era dato dalle convenzioni urbanistiche. In questi casi l'amministrazione, pur ponendosi su un piano di parità con il privato, conservava la propria autorità amministrativa e le potestà che ne derivavano, con la facoltà di esercitarle quando il privato non avesse adempiuto o avesse adempiuto malamente, oppure semplicemente avesse mutato l'interesse pubblico. Se ben osserviamo però, in quest'ultima categoria nulla rimarrebbe della teoria dualistica. Come evidenzia Greco²⁷, essendo in questo caso venuto meno il collegamento tra provvedimento e contratto ed essendo assente il provvedimento, non ci sarebbe alcuna distinzione tra i contratti ad oggetto pubblico sostitutivi del provvedimento e i contratti di diritto pubblico.

Secondo Pugliese²⁸ non era tanto importante l'atto con cui si concretizzava l'accordo tra pubblica amministrazione e privato, che poteva essere un atto pubblico, privato o misto. Importante era il procedimento amministrativo, nel quale sarebbero emersi sia l'interesse pubblico che l'interesse privato, oltre alla mediazione degli stessi. Ne risultava un procedimento a fattispecie mista, data dal provvedimento e dal contratto aggiuntivo che andava a disciplinare il rapporto con il privato. Esempi per l'Autore erano: l'espropriazione per pubblica utilità specialmente in quei procedimenti che terminavano con un accordo bonario; nel caso di concessioni-contratto con le quali si riconosceva

²⁷ GRECO, op. cit. p. 37.

²⁸ PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione* in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1971, p.1469 e ss.

l'uso di beni pubblici a privati oppure gli si concedeva la costruzione e gestione di opere pubbliche; il concordato tributario e le convenzioni urbanistiche. In tutti questi casi l'amministrazione curava l'interesse pubblico attraverso l'attività del privato. Se il privato non eseguiva quanto pattuito, l'amministrazione poteva agire in autotutela in quanto portatrice dell'interesse pubblico.

In questo periodo incominciò ad essere abbandonata la tesi dualistica a favore, in alternanza, di tesi pubblicistiche o privatistiche.

La tesi dualistica esaurì del tutto la sua funzione quando, con la l. n. 1034/1971 venne istituita la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La giurisprudenza del giudice amministrativo ha sempre manifestato una certa diffidenza nei confronti di accordi tra amministrazione e privati fuori da qualsiasi previsione normativa²⁹. L'amministrazione poteva infatti sempre disattendere il contenuto di questi accordi, a patto che avesse fornito una motivazione specifica e dettagliata a tutela dell'interesse privato, che poteva essere compromesso solo al ricorrere di un interesse pubblico. La tutela del privato non si traduceva in forme risarcitorie, ma veniva garantita attraverso lo strumento dell'invalidità del provvedimento, sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Bardusco³⁰, partendo dalla tripartizione di Amorth, osservò che accanto all'attività dell'amministrazione come privato e a quella in cui operava con atti d'imperio, ci sarebbe stata una terza area nella quale la pubblica amministrazione sarebbe stata investita di potestà pubbliche ma relative a rapporti che potevano essere regolati anche attraverso negozi di diritto privato. In questo caso, l'amministrazione aveva la possibilità di scegliere di utilizzare il contratto di diritto privato al posto del provvedimento amministrativo e le determinazioni che

²⁹ VALLERGA, *Accordi ed attività consensuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2012, p.14.

³⁰ BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozi di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 80 e ss.

avesse assunto sarebbero state in tutto e per tutto valide. Naturalmente questo a patto che l'amministrazione avesse un potere discrezionale in merito allo strumento da scegliere. Ma una volta scelta la via del contratto, l'amministrazione avrebbe potuto “*dedurre in obbligazione attività e comportamenti destinati a risolversi in manifestazioni giuridiche autoritative*”, come “*l'impegno di adottare una deliberazione, o quello di emettere un atto amministrativo*”, oppure “*rinunciare all'uso di potestà pubbliche*”³¹.

Secondo Bardusco, se l'amministrazione non avesse rispettato tali impegni, sarebbe stata responsabile di inadempimento, che avrebbe costituito quindi una responsabilità contrattuale. L'Autore sosteneva quindi una concezione privatistica della fattispecie.

Anche D'Alberti³² preferiva la concezione privatistica e motivava questa sua preferenza nella necessità di vincolare l'amministrazione alla parità contrattuale e nell'esigenza di garantire ai soggetti privati una tutela che gli poteva essere fornita solo dal diritto privato. D'Alberti constatava che esistevano tre ipotesi di rapporti concessori: a carattere esclusivamente provvedimentale, a natura mista provvedimentale-contrattuale e a natura esclusivamente contrattuale. Queste ultime, secondo l'Autore, erano quelle prevalenti e sarebbero state disciplinate dalle norme civilistiche sui contratti e le obbligazioni, a differenza delle altre tipologie, alle quali le norme del codice civile si applicherebbero solo in integrazione delle norme di diritto pubblico.

Secondo questa logica, anche i poteri unilaterali di modificazione del rapporto e la revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, sarebbero stati inquadrati dall'autore negli istituti della clausola risolutiva espressa e del recesso ex art. 1373 c. c..

Anche Pizzi era della stessa idea e concepiva una netta separazione tra il diritto pubblico e il diritto comune (cioè quel diritto proprio di tutti i

³¹ ID., op. cit., p. 83.

³² D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, p. 281 e ss.

soggetti dell'ordinamento, compresa la pubblica amministrazione)³³. L'unica forma contrattuale concepibile era quella prevista dal codice civile, alla quale andavano ricondotte anche le convenzioni amministrative. La loro collocazione privatistica veniva giustificata con l'utilizzo dell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ex art. 1467 c.c., per spiegare la questione della revoca. Ferrara³⁴ si poneva in una posizione particolare. Secondo l'Autore tutte le fattispecie di accordo tra amministrazione e privati erano riconducibili nel contratto di diritto comune o nella figura dell'accordo procedimentale.

Il primo divergeva dal contratto concluso tra privati solo per la posizione dell'amministrazione che restava però soggetta alle norme del codice civile.

Per quanto riguarda l'accordo procedimentale esso non aveva invece alcuna “*significatività giuridica*” finché il suo contenuto non veniva trasposto nel provvedimento amministrativo³⁵.

Contrariamente alla maggioranza della dottrina del tempo, Ferrara rifiutava non solo l'ammissibilità della figura del contratto di diritto pubblico, ma anche la possibilità di negoziare il contenuto e le scelte dell'azione amministrativa e persino di poter definire, grazie all'accordo, il contenuto dell'interesse pubblico.

Di particolare importanza è la ricostruzione di Falcon, che risulta antitetica a quella di D'Alberti, con importanti differenze anche con quella di Ferrara.

Secondo Falcon³⁶ erano possibili figure convenzionali tra

³³ PIZZI, *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime giuridico applicabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 288 e ss.

³⁴ FERRARA, *Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985.

³⁵ ID., op. cit., p. 43.

³⁶ FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984.

amministrazione e privato, a patto che ciascuno dei due soggetti mantenesse inalterati i propri connotati.

L'Autore abbandonava l'idea del contratto di diritto pubblico, mentre ammetteva la possibilità che esistessero “*atti e rapporti convenzionali aventi carattere di reciprocità, che possa e debba essere ascritta al diritto pubblico*”³⁷. Per Falcon l'imperatività propria degli atti unilaterali era un'eccezione nell'azione amministrativa, esistendo infatti poteri non autoritativi che potevano dar luogo a negozi bilaterali o plurilaterali³⁸.

Inoltre, la diversità di natura delle due volontà (quella dell'amministrazione e quella del privato) non escludeva una coincidenza del contenuto delle stesse, sicché la legge poteva ammettere un “*collegamento bilaterale reciproco tra i due contenuti volitivi*”³⁹. Tale concezione si scontrava apertamente con quella tramandata a partire da Ranelletti, per la quale non era ammissibile la fusione tra manifestazioni di volontà di natura diversa.

Per Falcon invece l'accordo con il privato serviva proprio quando l'interesse pubblico non poteva essere soddisfatto mediante il solo intervento amministrativo. Con un accordo vincolante era possibile “*il migliore soddisfacimento degli interessi pubblici, quale è reso possibile da un contemporaneo accettabile soddisfacimento degli interessi privati*”⁴⁰, ma la prestazione del privato dedotta nell'accordo non poteva mai essere un corrispettivo della prestazione dell'amministrazione. Così, accanto alla figura dei contratti di diritto privato, veniva individuata la nuova fattispecie delle convenzioni pubblicistiche.

L'atto amministrativo unilaterale di adesione a queste convenzioni non produceva effetti se non per effetto della convergenza di volontà con il

³⁷ ID., op. cit., p. 210.

³⁸ ID., op. cit., p. 235.

³⁹ ID., op. cit., p. 247.

⁴⁰ ID., op. cit., p. 255.

privato, tranne che per i terzi che potevano ritenersi lesi dalla scelta dell'amministrazione di ricorrere alla convenzione.

Oltre ai terzi, Falcon tutelava anche il privato da possibili abusi dell'amministrazione, quali il rifiuto di raggiungere un accordo, oppure l'inserimento di clausole eccessivamente gravose per il privato che non avevano giustificazione nella tutela dell'interesse pubblico.

Se l'amministrazione rifiutava l'accordo il privato poteva impugnare l'atto dal giudice amministrativo. In caso di clausole eccessivamente gravose che il privato era stato costretto ad accettare, il giudice poteva sempre valutarle sui profili della ragionevolezza e della legittimità.

Per Falcon queste convenzioni rientravano nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto sia l'amministrazione che il privato erano entrambi portatori di un diritto soggettivo. Poteva però accadere che la stessa convenzione fosse impugnata dal giudice amministrativo (magari da parte di un terzo che impugnava l'atto di adesione) mentre il privato citava l'amministrazione per un processo di cognizione dal giudice ordinario. In questo caso interveniva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴¹.

1.4. Dalla commissione Nigro alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

Con la legge 7 agosto 1990, n. 241 venne dato corpo ai risultati dell'elaborazione dottrinale. Con l'art. 11 finalmente venivano disciplinati gli accordi amministrativi tra pubblica amministrazione e privati. Crollava uno dei fondamenti della critica di Ledda al contratto di diritto pubblico. Adesso c'era una norma-base che legittimava gli accordi.

L'esigenza di una regolamentazione legislativa degli accordi si era già manifestata per tutta la seconda metà del novecento. Basti pensare ai progetti di legge presentati dalla commissione presieduta dal prof.

⁴¹ ID., op. cit., p. 270 e ss.

Forti e i tre delle commissioni presiedute dal prof. Lucifredi, rispettivamente nel 1958, nel 1963 e nel 1968, passati sotto la sostanziale indifferenza della classe politica di allora (anche se poi la legge 241/90 ha ripreso gran parte dei contenuti da esse individuati)⁴². Soltanto il 19 novembre 1987 venne presentato dal Governo Gorla un disegno di legge governativo che, approvato dalla Commissione affari costituzionali del Senato il 31 luglio 1990, divenne legge il 9 agosto 1990; legge n. 241 intitolata: *“Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”*.

La legge 241/1990 trae origine dalla commissione presieduta presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri dal prof. Mario Nigro.

Secondo Nigro solo i giuristi vedevano l'esercizio del potere pubblico come un qualcosa che doveva rimanere non negoziabile e distaccato da influenze esterne, mentre invece il potere per l'Autore era qualcosa di elastico che si poteva trasformare in relazione alle circostanze concrete⁴³. Secondo Nigro con il contratto di diritto pubblico l'amministrazione scendeva al livello del privato per garantire la parità, mentre il privato ascendeva ad un livello superiore, rendendosi partecipe dell'azione amministrativa. Quindi *“riconoscere la soddisfazione dell'interesse privato come causa (concausa) dell'agire pubblico non dovrebbe scandalizzare nessuno”*⁴⁴

Il lavoro della commissione presieduta da Nigro partiva dalla constatazione che c'era stato ormai un mutamento nel rapporto tra collettività e pubblico potere, pertanto la Commissione proponeva la ricerca della consensualità come strumento democraticizzante e semplificativo per regolare i rapporti tra amministrazione e cittadini.

⁴² VALLERGA, op. cit. p. 19 e ss.

⁴³ NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali in convenzioni urbanistiche e tutela di rapporti tra privati*, Milano 1978 e ora in *Scritti Giuridici*, T. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1311.

⁴⁴ ID., op. cit., p. 1312

L'accordo non si poneva più come uno strumento alternativo alla soluzione autoritativa, ma diventava uno strumento ordinario per l'esercizio della funzione amministrativa.

Nello schema di disegno di legge, l'art 5 sanciva che: *“Allo scopo di accelerare lo svolgimento dell'azione amministrativa e disciplinare con maggiore stabilità e precisione i comportamenti propri e dei privati oltre che i diritti e i doveri reciproci l'amministrazione favorirà la conclusione di accordi fra di essa e gli interessati senza pregiudizio di terzi”*.

Veniva quindi enunciato un “principio di contrattualità” che sollecitava addirittura l'amministrazione a preferire, quando fosse stato possibile, l'accordo rispetto al provvedimento.

Il successivo art. 6 prevedeva una triplice categoria di accordi: gli accordi organizzativi fra pubbliche amministrazioni (poi confluiti nella legge all'art.15); gli accordi normativi *“aventi ad oggetto l'esercizio di potestà amministrative e le corrispettive prestazioni di persone fisiche e giuridiche al fine di raggiungere obiettivi di interesse pubblico”*; ed infine quelli integrativi e sostitutivi, previsti in via generale ed alternativa al provvedimento.

La Commissione Nigro proponeva quindi un vero e proprio *favor* all'utilizzo dello strumento consensuale.

Questo schema si dimostrò però eccessivamente rivoluzionario e nel passaggio dalla Commissione al progetto di Governo subì sostanziali modifiche.

In primo luogo venne eliminato il principio di contrattualità enunciato all'art. 5 dello schema di disegno di legge; in secondo luogo venne eliminata la categoria degli accordi normativi; infine venne limitata la portata di quelli sostitutivi, ammettendoli solo nei casi previsti dalla legge⁴⁵.

⁴⁵ Questa limitazione è poi venuta meno in seguito alla l. n. 15/2005, che sarà trattata nel capitolo successivo.

La normativa sugli accordi (tranne quella degli accordi organizzativi) venne inoltre spostata dal titolo dedicato alla semplificazione dell'azione amministrativa, al titolo sulla partecipazione al procedimento, con la conseguenza di escluderne l'applicabilità ai procedimenti tributari, agli atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

Sul disegno di legge si pronunciò il Consiglio di Stato con un parere⁴⁶ nel quale suggerì che gli accordi sostitutivi fossero limitati ai casi espressamente previsti dalla legge; espresse perplessità sul richiamo ai principi del codice civile in materia di obbligazioni, suggerendo di lasciare tale aspetto a singole leggi speciali; per quanto riguarda gli accordi integrativi si pronunciò come segue: *“Sembra, peraltro, che il consenso preventivo del privato al provvedimento (unilaterale) che l'amministrazione si propone di emanare non dispieghi altro effetto fuori di quello di privare l'interessato che ha accettato la possibilità di avanzare, poi, contestazioni nei riguardi del futuro provvedimento e di vincolare l'amministrazione (in via di autolimitazione?) all'adozione del provvedimento con il contenuto concordato”*⁴⁷.

Con il disegno di legge n. 1913/1987, venne eliminato definitivamente il “favor” per la conclusione degli accordi.

In seguito alle modifiche suggerite dal Consiglio di Stato e dal Parlamento, Nigro rilevò che esse denotavano una diffidenza nei confronti degli accordi, in favore di un'amministrazione autoritaria che operava per atti unilaterali. Subordinare gli accordi sostitutivi ad una previsione legislativa svuotava di fatto il precetto *“rimandando la palla al legislatore”*⁴⁸.

⁴⁶ Cons. St. Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7, in *Foro It.*, 1988 III, p. 22 e ss.

⁴⁷ ID., op. cit., p. 34.

⁴⁸ NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989 p. 5 e ss. e ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 2044.

Nel 2002 il Consiglio di Stato confermava che *“nella legge 241/1990 (anche sulla scorta di quanto suggerito da parere dell'Adunanza Generale del 19/2/1987) non v'è traccia del favor per la conclusione del contratto ad oggetto pubblico”*, pertanto la mancanza di un espresso favor comportava *“la ricerca di un equilibrio fra la necessità di introdurre nuove modalità dell'azione amministrativa e l'esigenza di salvaguardare in capo all'amministrazione le prerogative sue proprie”*⁴⁹.

⁴⁹ Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

CAPITOLO 2: L'ART. 11 DELLA LEGGE 241/1990. INQUADRAMENTO SISTEMATICO.

2.1. L'art 11 e le tipologie di accordi: accordi integrativi e accordi sostitutivi.

L'accordo diviene uno strumento generale di azione amministrativa nel nostro ordinamento attraverso la legge sul procedimento amministrativo, che disciplina rispettivamente gli accordi tra pubblica amministrazione e privati all'art. 11 e gli accordi tra soggetti pubblici all'art. 15.

Riguardo ai primi, l'art. 11 comma 1 introduce la possibilità che l'amministrazione concluda *“accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo”*⁵⁰. Nel secondo comma si precisa che a queste due tipologie di accordi si applicano *“ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili”*.

La legge ha quindi previsto due differenti tipologie di accordo tra pubblica amministrazione e privati: l'accordo integrativo e l'accordo sostitutivo.

L'accordo integrativo si inserisce nel procedimento senza concluderlo, ma definisce il contenuto del provvedimento finale che l'amministrazione deve adottare per conformarsi con quanto concordato con il privato⁵¹.

⁵⁰ L'art. 7, l. 11 febbraio 2005, n. 15 ha modificato il primo comma dell'art. 11 abrogando la riserva di legge per gli accordi sostitutivi, togliendo la frase *“nei casi previsti dalla legge”*.

⁵¹ Questo tipo di accordi, nella prassi, era largamente utilizzato da moltissime amministrazioni già prima della legge 241/1990, ma la giurisprudenza lo trattava con

L'accordo sostitutivo, invece, chiude il procedimento definendo l'assetto degli interessi in sostituzione del provvedimento.

Secondo alcuni⁵², la distinzione tra le due figure di accordi sarebbe più formale che sostanziale, in quanto in entrambi i casi oggetto dell'accordo sarebbe l'uso del potere discrezionale. La sola differenza sarebbe sugli effetti, in quanto nell'accordo integrativo esso avrebbe efficacia solo tra le parti, essendo solo il provvedimento finale a dargli efficacia esterna. Mentre l'accordo sostitutivo avrebbe da subito efficacia esterna, in quanto atto finale del procedimento.

2.1.1. La legge 15/2005.

Nel 2005 il legislatore ripropone il tema dell'attività amministrativa condotta attraverso gli accordi con il privato.

In particolare, la legge 11 febbraio 2005, n. 15, aggiunge il comma 1bis all'art 1 della legge l. n. 241/1990, in base al quale *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”*; inoltre modifica l'art. 11 abrogando la riserva di legge per gli accordi sostitutivi.

Tuttavia in questa legge possiamo riscontrare un atteggiamento piuttosto prudente del legislatore nel sancire il principio di consensualità dell'azione amministrativa; infatti il percorso di approvazione legislativa produrrà ad un risultato finale completamente diverso rispetto alle prime versioni.

Il testo iniziale⁵³, che voleva esprimere il superamento del dogma che

diffidenza e gli riconosceva un'efficacia relativa, v.supra p. 20.

⁵² GARGANO, *Attività amministrativa e moduli consensuali: gli accordi tra P.A. e privati*, in *Giur. Merito*, 2006, vol. 12, p. 2581 e ss.

⁵³ La formulazione iniziale prevedeva che: *“Per la realizzazione dei propri fini istituzionali le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando gli strumenti del diritto pubblico o privato. Le leggi e i regolamenti disciplinano, in entrambi i casi, i procedimenti per l'esercizio dei poteri amministrativi”*. vedi: GRAUSO, *Gli accordi*

attribuiva all'amministrazione il dovere di agire attraverso poteri imperativi prediligendo gli strumenti del diritto privato, dovette cedere a posizioni ben più modeste, limitandosi ad esprimere quel "favor" nell'ambito dell'attività non autoritativa.

Rispetto quindi al testo originario, il risultato ottenuto fu quello di affermare il già consolidato principio della generale capacità di diritto privato della Pubblica Amministrazione.

Le ulteriori modifiche del Senato ci hanno infine consegnato il comma 1-bis dell'art.1 segnando il passaggio dalla discrezionalità alla doverosità in assenza di contrarie opzioni legislative, dell'uso degli strumenti privatistici, ferma restando quella che può essere definita la marginalizzazione del diritto privato al di fuori dell'attività autoritativa.

2.1.2. Accordi integrativi.

Gli accordi integrativi sono denominati anche accordi "preliminari" o "endoprocedimentali".

Come già accennato, in questa categoria di accordi, la pubblica amministrazione ed il privato concordano il contenuto del provvedimento amministrativo.

In questi casi, spesso il privato accetta clausole per lui gravose con un'implicita rinuncia ad un futuro contenzioso, ma con la garanzia che l'amministrazione non potrà adottare immotivatamente un provvedimento dal contenuto differente da quello concordato. Nel caso l'amministrazione decida legittimamente di farlo, dovrà comunque corrispondere al privato un indennizzo⁵⁴.

Il privato non può vantare un diritto soggettivo all'emanazione del provvedimento con il contenuto pattuito, ma può vantare solo un interesse legittimo. Non potrà quindi ottenere dal giudice

della pubblica amministrazione con i privati, Milano, Giuffrè, p. 1 e ss.

⁵⁴ VALLERGA, *Accordi ed attività consensuale della pubblica amministrazione*, op. cit., p. 40.

amministrativo (al quale è attribuita la giurisdizione esclusiva) una sentenza che imponga all'amministrazione di provvedere e nemmeno una che si sostituisca al provvedimento non adottato *“se non nel caso in cui l'inerzia e il rifiuto risultino illegittimi e, a causa di ciò (e non in quanto inadempimento di un'obbligazione) comportino violazione dell'interesse legittimo”*⁵⁵. Essendo infine questo accordo “provvisorio”, sarà eventualmente l'atto unilaterale che definisce il procedimento in modo difforme a quanto pattuito ad essere impugnato.

2.1.3. Accordi sostitutivi.

L'accordo sostitutivo è idoneo a supplire, in modo alternativo, il provvedimento unilaterale, ferma restando la possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere al provvedimento qualora non stipuli l'accordo.

Prima della legge 15/2005 questi accordi erano obbligatoriamente tipizzati. Tra questi è opportuno ricordare l'art. 18, comma 4, l. n. 84/1994 in tema di legislazione portuale dovè è previsto che, il presidente dell'autorità portuale può concludere, previa delibera del comitato portuale, accordi sostitutivi della concessione demaniale di aree e banchine, ex art. 11.

Altra ipotesi tipica era quella della l. n. 756/1967 relativamente alle convenzioni di lottizzazione. In questo caso, gli accordi erano intesi come strumento di attuazione del piano regolatore generale e non un atto di pianificazione, che avrebbe escluso l'applicabilità dello strumento contrattuale⁵⁶.

Caduta la riserva di legge, la tipicità degli accordi sostitutivi è venuta meno. Pertanto, pur essendo vincolata allo scopo pubblicistico,

⁵⁵ SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, vol. 3, p.431.

⁵⁶ L'art. 13, l. 241/1990, comma primo, esclude l'applicabilità degli accordi per *“emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione”*

l'amministrazione può (salvo il caso di espresso divieto legislativo o incompatibilità) concludere accordi dal contenuto più ampio e seguendo schemi atipici. Tuttavia non possono mai essere superati i limiti imposti dalla legge al potere esercitato dalla pubblica amministrazione. Pertanto, mentre in sede consensuale non è ammessa l'attribuzione alla parte privata di vantaggi contrastanti con la disciplina del potere dell'amministrazione, la stessa parte privata può invece assumersi oneri non espressamente previsti dalla legge.

Infine, a differenza degli accordi integrativi, gli accordi sostitutivi sono sottoposti agli stessi controlli previsti per i provvedimenti⁵⁷. Questo secondo Grauso⁵⁸ è ancor più necessario a fronte della liberalizzazione di questo tipo di accordi.

2.2. Dibattito sulla natura giuridica degli accordi.

Sebbene fosse ragionevole immaginare che il riconoscimento legale dato dalla l. n. 241/1990 provocasse l'estinzione o comunque la riduzione del dibattito sulla natura giuridica degli accordi fra amministrazione e privati (dibattito che si è cercato di ricostruire nel primo capitolo), si è invece verificata la circostanza opposta.

A causa anche del rinvio dell'art.11, comma secondo, ai principi del codice civile, l'adesione della dottrina ora alla tesi privatistica, ora alla tesi pubblicistica, ha condizionato l'identificazione della giusta disciplina da applicare.

La giurisprudenza, nonostante un'iniziale indecisione tra l'una e l'altra tesi, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, sostiene la tesi del contratto di diritto pubblico.

In dottrina il dibattito tra chi sostiene la tesi pubblicistica e quella privatistica è tutt'ora aperto e sono state formulate anche teorie intermedie.

⁵⁷ Art. 11, l. 241/1990, comma terzo.

⁵⁸ GRAUSO, op.cit., p. 66.

2.2.1. La tesi privatistica.

Secondo la tesi privatistica, che si basa sulle ricostruzioni di Giannini sul contratto ad oggetto pubblico (v. supra p. 18), l'accordo sarebbe un contratto di diritto comune che si differenzia dagli altri contratti privatistici solo per l'oggetto. Viene rifiutata ogni categoria intermedia tra provvedimento e contratto e si inquadra l'accordo in questione nella nozione classica di contratto, data nel nostro ordinamento dall'art. 1321 c.c. con i requisiti elencati all'art. 1325 c.c..

Inoltre i sostenitori di questa tesi⁵⁹ rilevano che lo stesso art. 11, al secondo comma, rinvia ai principi del codice civile, manifestando una natura contrattualistica dell'accordo. Quanto alla “doppia clausola di salvezza” del secondo comma si rileva che l'inciso “*in quanto compatibili*” deve essere inteso in senso restrittivo come riferito esclusivamente alla compatibilità delle norme civilistiche con la disciplina dell'art. 11; mentre con l'espressione “*ove non diversamente previsto*” il legislatore aveva semplicemente voluto mantenersi aperte possibilità per introdurre normative di settore specifiche, che derogassero a quella generale⁶⁰.

Le questioni dell'inopponibilità dell'accordo ai terzi e del recesso unilaterale dell'amministrazione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, andrebbero lette anch'esse in ottica privatistica.

L'inopponibilità verso terzi si fonderebbe sul principio della relatività del contratto, ex art. 1372, secondo comma c.c., secondo il quale: “*Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*”.

Quanto al recesso unilaterale dell'amministrazione troverebbe fondamento nella facoltà di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c.: “*Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una*

⁵⁹ Tra gli altri: S. CIVITARESE MATTEUCCI e G. MANFREDI.

⁶⁰ MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001, p.108.

delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458”.

La sottoposizione degli accordi sostitutivi agli stessi controlli amministrativi previsti per i provvedimenti, secondo questa tesi, non esclude la natura privatistica dell'accordo, essendo suddetti controlli espressione di un principio generale di contabilità pubblica, già previsto anche per i contratti di diritto privato dell'amministrazione.

Secondo i sostenitori di questa tesi, anche per gli accordi integrativi il provvedimento avrebbe comunque un ruolo secondario e comunque servente rispetto a quello centrale dell'accordo.

L'interesse pubblico rilevarebbe nel contratto alla stregua di un mero motivo, che starebbe sì a monte della conclusione del contratto, ma senza condizionarne la natura giuridica.

2.2.2. La tesi pubblicistica.

Secondo i sostenitori di questa teoria⁶¹, riconducibile alle elaborazioni di Falcon (v. supra p. 22), l'accordo sarebbe uno strumento di attività amministrativa alternativo al provvedimento.

Questa opinione ha ricevuto l'avvallo del Consiglio di Stato⁶², secondo il quale *“è logico che la legge assicuri all'amministrazione una qualche posizione di supremazia in relazione al contesto pubblicistico in cui l'accordo viene a inserirsi”.*

Inoltre, come ricordato da Vallerga⁶³ e da Greco⁶⁴, lo stesso Nigro, ideatore del testo legislativo, ha evidenziato come *“le convenzioni appartengano pienamente al diritto pubblico”.*

⁶¹ Tra gli altri: FRACCHIA e SCOCA.

⁶² Cons. St. Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7, v. supra p. 27.

⁶³ VALLERGA, op. cit., p. 59.

⁶⁴ GRECO, op. cit., p.86.

A sostegno della ricostruzione pubblicistica sono richiamati diversi argomenti.

In primo luogo viene subito evidenziato come il legislatore abbia utilizzato il termine “accordo” anziché “contratto”. Avrebbe potuto usare lo stesso nomen iuris, ma non lo ha fatto, preferendo mantenere distinti gli accordi di diritto pubblico dai contratti di diritto privato.

In secondo luogo, lo stesso richiamo del secondo comma dell'art.11 ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti “*in quanto compatibili*” sarebbe un'ammissione del legislatore della diversa natura degli accordi amministrativi rispetto ai contratti.

Inoltre, la natura pubblicistica degli accordi sarebbe confermata anche dalla loro sottoposizione ai controlli previsti per i provvedimenti.

Un'ulteriore differenza con i contratti di diritto comune deriverebbe dalla mancanza di parità tra i contraenti.

La possibilità per la pubblica amministrazione di recedere unilateralmente dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, sarebbe assimilabile all'istituto della revoca, tipico del potere pubblicistico di autotutela.

Inoltre, il Codice civile non ammette che il contratto disponga che l'interesse pubblico, perseguito dall'amministrazione, prevalga sempre su quello privato. Cosa che invece avviene negli accordi ex art. 11.

Il potere contrattuale non sarebbe quindi paritario. Il privato eserciterebbe la propria autonomia negoziale, mentre la pubblica amministrazione eserciterebbe un potere discrezionale.

Infine, ulteriore argomento a favore della tesi pubblicistica sarebbe quello dell'eventuale mancanza della patrimonialità del rapporto giuridico originato dall'accordo, come richiesto dalla nozione di contratto data dall'art. 1321 c.c..

2.2.3. Le tesi intermedie.

Oltre a queste due tesi, si sono sviluppate nel tempo ipotesi intermedie.

Dal lato privatistico è emersa la nozione di accordo come “contratto ad autonomia ristretta”, mentre altri, dopo le modifiche del 2005, hanno immaginato un possibile ritorno alla teoria dualistica.

Dal lato pubblicistico, l'accordo è stato variamente qualificato come istituto diverso sia dal contratto, sia dal provvedimento, ma l'ipotesi di maggior rilievo è quella che ravvisa nell'art. 11 della legge 241/90 il riconoscimento a livello normativo dei principi ispiratori del contratto di diritto pubblico: possibilità che il potere discrezionale dell'amministrazione si espliciti attraverso atti bilaterali e consensuali e facoltà per l'amministrazione di sciogliersi dal vincolo stesso, per sopravvenute ragioni di pubblico interesse e sempre salvo indennizzo, sancite rispettivamente dal primo e dal quarto comma dell'art. 11; reciprocità del vincolo giuridico nascente dagli atti di esercizio consensuale del potere, indirettamente desumibile dalla previsione dell'applicabilità agli accordi dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

Dal lato privatistico⁶⁵, l'accordo pur rimanendo nell'ambito del diritto privato, è comunque sottoposto ai vincoli in cui incorre la potestà amministrativa unilaterale, discendenti direttamente dalla funzionalizzazione all'interesse pubblico.

Questo dato, pur non escludendo la natura privatistica del contratto, comporta l'impossibilità di una totale sostituzione della disciplina civilistica con quella pubblicistica. Pertanto la disciplina dell'atto amministrativo costituirebbe una sorta di diritto speciale del contratto che aggiungendosi a quella di diritto comune finisce con il limitare l'autonomia delle parti. Quindi la pubblica amministrazione limiterebbe la propria autonomia negoziale agli aspetti che non concernono il perseguimento dell'interesse pubblico. Perciò le componenti dell'accordo che non sono manifestazione di potestà

⁶⁵ GRECO, op. cit., p. 114 e ss.

amministrativa, sarebbero regolati dai principi del codice civile come dichiarato dal comma 2 dell'art. 11.

La legge n. 15/2005 ha poi introdotto il comma 4-bis dell'art 11, secondo il quale *“a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”*. Una parte della dottrina ha ravvisato in questo nuovo comma, un ritorno alla teoria dualistica.

Gli accordi si trasformerebbero in atti esecutivi di provvedimento secondo il modello dei contratti ad evidenza pubblica. Pertanto, l'accordo sostitutivo di un provvedimento diventerebbe esecutivo di un provvedimento precedente, mentre quello integrativo si collocherebbe tra un provvedimento precedente e uno successivo.

Infine, in un'ottica pubblicistica, l'accordo ex art. 11 è stato considerato come appartenente ad un nuovo genere, diverso sia dal provvedimento che dal contratto.

2.3. Gli orientamenti giurisprudenziali.

Nel corso degli anni la giurisprudenza ha deciso sulla natura giuridica degli accordi amministrativi in modi differenti.

All'inizio la giurisprudenza, al pari della dottrina, ha provato a definire la natura di questa figura, ma una volta metabolizzate le elaborazioni dottrinali, il giudice si è espresso prevalentemente nel riconoscimento di una natura pubblicistica degli accordi.

All'inizio, l'istituto introdotto dall'art 11 veniva praticamente ignorato e venivano preferite disposizioni applicabili già vigenti.

Emblematica è la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n.7773 del 1992 che investita di una questione di giurisdizione in materia di convenzioni edilizie, l'attribuì al giudice amministrativo,

ma non in forza del comma 5 dell'art. 11⁶⁶, ma dell'art. 16 della l.10/1977 dichiarando che non occorre *“porsi il problema degli effetti sulla controversia in corso dello ius superveniens costituito dalla l. 241/1990 né quello circa il suo ambito di applicazione”*.

Se è vero che all'inizio operò il principio del tempus regit actum, è anche vero che il giudice si dimostrò molto prudente nel riconoscere l'istituto che venne considerato come una figura nuova che poteva essere affiancata ad altre figure preesistenti nel nostro ordinamento, ma che non assurgeva al rango di categoria generale. Per questo motivo in molti casi, il giudice non riteneva ammissibile il ricorso ai principi della legge 241/1990. Molto importante in questo senso è la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n. 9130 del 1994 che esclude l'applicabilità dell'art. 11 agli accordi per la cessione volontaria di beni espropriandi.

Oltre alla diffidenza dimostrata nei confronti della norma, la giurisprudenza dimostrò una certa confusione, distinguendo in certe circostanze, tra gli accordi disciplinati dall'art. 11 e il contratto di diritto pubblico, in quanto solo quest'ultimo avrebbe dato vita ad obbligazioni.

In altri casi invece la Corte ricomprendeva all'interno del genus *“contratto di diritto pubblico”* sia i contratti ad oggetto pubblico che quelli ad evidenza pubblica, facendoli coincidere.

Ad esempio in materia di convenzioni edilizie, la Corte⁶⁷ così si espresse: *“nel quadro delle intese – che possono intercorrere tra P.A. ed il privato, quando la prima comunque decida di avvalersi di strumenti paritetici di tipo negoziale, in una logica di amministrazione partecipata o per consenso – una distinzione fondamentale va invero*

⁶⁶ Il comma 5 dell'art. 11, poi abrogato dal D.Lgs. n.104/2010, così recitava: *“Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”*.

⁶⁷ Cass. Sez. I, 15 aprile 1992, n.4572, in *Giust. Civ.*, 1992, n° 1, p. 2037.

tenuta ferma (al di là della estrema eterogeneità e non agevole classificabilità delle varie fattispecie) tra ipotesi di «contratti di diritto pubblico» (altrimenti detti «ad oggetto» o «ad evidenza pubblica») ed ipotesi di atti (o c.d. moduli) convenzionali nel procedimento amministrativo. Il punto di discriminazione fra tali due categorie di atti, in sede teorica, è individuato nel senso che vi è contratto là dove vi è obbligazione in senso tecnico, e si è in presenza invece di moduli consensuali atipici quando ne derivino (unilateralmente o bilateralmente) meri obblighi comportamentali. Sul piano descrittivo, la differenza fra le due tipologie di figure, si specifica nel senso che con il contratto la P.A. disciplina gli aspetti patrimoniali di un rapporto (ad oggetto pubblico) in relazione al quale il momento discrezionale della funzione si è già esternato in un provvedimento (rispetto al quale il negozio si trova, di regola, in un rapporto di accessoria o ausiliarità); mentre il modulo convenzionale nel procedimento è quello che (attraverso la forma alternativa di un accordo ufficioso, di un atto di sottomissione del privato, di un accordo preliminare, ecc.) si realizza in pratica ogni qual volta funzionari e privato si siedono – secondo la plastica immagine di un illustre Autore – intorno ad un tavolo e discutono sul possibile contenuto del provvedimento richiesto e sulle condizioni in presenza delle quali la P.A. è disposta a concederlo”.

Nel 2000 il Consiglio di Stato riconobbe la portata generale e vincolante degli accordi ex. Art. 11⁶⁸: “Deve rilevarsi che l’ordinamento consente, in via generale, che l’amministrazione utilizzi lo strumento pattizio in luogo di quello provvedimentale, per determinare il contenuto di provvedimenti, o per sostituire questi ultimi. Una volta che l’amministrazione opti per lo strumento pattizio contrattuale, in luogo di quello provvedimentale, la stessa è vincolata al contratto, salva la possibilità di recesso unilaterale per

⁶⁸ Cons. St., Sez. VI, 20 Gennaio 2000, n. 264.

sopravvenuti motivi di interesse pubblico (ai sensi dell'art. 11 c. 4, l. 241/1990). Comunque, finché non venga esercitato il potere di recesso, l'accordo resta vincolante e l'amministrazione non può assumere determinazioni unilaterali in contrasto con l'accordo stesso."

Il giudice incominciò quindi ad interrogarsi sulla natura giuridica degli accordi, puntando quando sulla costruzione del contratto ad oggetto pubblico⁶⁹ e quando su quella del contratto di diritto pubblico.

L'inquadramento che ha prevalso è stato quello pubblicistico⁷⁰. Già il Consiglio di Stato, nel già citato parere⁷¹ al d.d.l. scritto dalla commissione Nigro si esprimeva in tal senso.

Anche la Corte di Cassazione⁷² ha fornito un inquadramento pubblicistico dell'accordo (in particolare di quello endoprocedimentale) rilevando che era volto a determinare il contenuto di provvedimenti e quindi finalizzato all'esercizio di una funzione amministrativa, pertanto era da escludersi che l'oggetto dell'accordo avesse natura *"meramente privatistica-patrimoniale"*,

⁶⁹ Cons. St. Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, in *Foro amm.*, 2000, p.891: *"L'art. 11 codifica la regola, già espressa da un consistente indirizzo interpretativo, secondo cui i contratti ad oggetto pubblico sono attratti, in larga misura, nella sfera di operatività del diritto privato, sfuggendo alla disciplina prevista per i provvedimenti amministrativi, salvi alcuni profili espressamente richiamati, quali la disciplina dei controlli. Del resto, sarebbe difficile spiegare, in linea generale, perché debbano essere applicate ad un rapporto di derivazione consensuale le regole concernenti i provvedimenti unilaterali dell'amministrazione"*.

⁷⁰ GRECO, op. cit. p. 86.

⁷¹ V. supra p. 27. Cons. St. Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7. Cit. p. 34: *"Gli accordi qui in esame – caratterizzati dalla presenza di volontà che non sono sullo stesso piano – risentono, necessariamente del contenuto e delle finalità del provvedimento che vanno a sostituire, sicché è logico che la legge assicuri all'amministrazione una qualche posizione di supremazia in relazione al contesto pubblicistico in cui l'accordo viene ad inserirsi"*.

⁷² Cass. SS.UU., 13 novembre 2000, n. 1174.

bensi era da inquadrare nella categoria degli *“accordi o convenzioni di diritto pubblico”*.

Ma la consacrazione dell'inquadramento pubblicistico è arrivata con la nota sentenza n. 204 del 6 luglio 2004 della Corte Costituzionale nella quale, trattando dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo, avvalorò definitivamente la tesi del contratto di diritto pubblico.

La sentenza dichiarò l'illegittimità costituzionale degli artt. 33, co. 1 e 2, e 34 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituiti dall'art. 7 della L. 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevedevano la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di *“tutte le controversie in materia di pubblici servizi”*, anziché delle *“sole controversie in materia di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”* (art. 33); e di tutte le controversie aventi per oggetto *“gli atti, i provvedimenti e i comportamenti”*, anziché *“gli atti ed i provvedimenti”* delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati, in materia urbanistica ed edilizia (art. 34).

Dichiarando illegittimo questo sistema di ripartizione di giurisdizione, la Corte riconobbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni qual volta risultasse che la pubblica amministrazione agisse nell'esercizio di un potere autoritativo, infatti: la materia *“può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale,*

tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990)".

Da queste affermazioni della Corte abbiamo la conferma che gli accordi ex art 11 presuppongono la sussistenza di un potere autoritativo e addirittura possono essere uno strumento per esercitarlo in modo alternativo.

Inoltre, lo stesso richiamo esplicito all'art. 11, pone lo stesso come riferimento normativo per gli accordi amministrativi.

Quindi pare che anche il Giudice delle leggi abbia aderito in modo definitivo alla ricostruzione del contratto pubblicistico.

CAPITOLO 3: IL REGIME GIURIDICO DEGLI ACCORDI AMMINISTRATIVI.

3.1. Introduzione.

L'art. 11 non comprende una disciplina completa degli accordi, pertanto la determinazione delle norme applicabili ci viene fornita dal lavoro interpretativo della dottrina e della giurisprudenza.

Parte della dottrina⁷³ ritiene che il regime giuridico degli accordi possa essere fornito da quattro tipi di fonti: le regole individuate dall'art. 11; la disciplina contenuta nelle leggi settoriali; i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti; le clausole dell'accordo definibili dalle parti nello scambio negoziale.

3.2. Le regole individuate dall'art. 11.

L'art. 11, in una lettura congiunta con gli articoli 7, 9 e 10 della l. 241/1990, ci fornisce una disciplina abbastanza esaustiva dei momenti procedimentali.

Secondo queste norme, il privato può presentare *“memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento”* e possono essere presentati dai *“soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti”* da *“quelli che per legge debbono intervenire”*, nonché dai *“soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari”* e da qualsiasi altro soggetto *“portatore di interessi pubblici o privati”* o di *“interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati”*, ai quali possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, l'amministrazione procedente può

⁷³ AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Vol. 1, 1997, p. 33.

concludere accordi “*al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*”.

Ma la proposta di accordo, invece che dal privato, potrebbe anche provenire dall'amministrazione, proprio in virtù degli obblighi del responsabile del procedimento stabiliti dall'art. 6 della legge 241/1990, come “*misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria*”.

Sebbene le norme sopra citate presuppongano che il procedimento amministrativo sia già iniziato, non necessariamente è questo il modo esclusivo in cui si può svolgere la fase iniziale delle trattative, che nella prassi spesso avvengono, ufficiosamente, al di fuori dello stesso procedimento o anche prima che il procedimento stesso abbia inizio.

Tuttavia, per rispettare i principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di certezza dei rapporti giuridici, è preferibile che le negoziazioni avvengano in modo formale, anche perché, come stabilito dal Consiglio di Stato⁷⁴, pur essendo solo in fase di trattative, il privato può vantare un interesse legittimo pretensivo, che come tale è tutelabile anche in forma risarcitoria.

I commi 2, 3, e 4*bis* dell'art. 11 svolgono complessivamente la funzione di garanzia del soddisfacimento del pubblico interesse e dei principi di pubblicità, trasparenza ed imparzialità, ai quali deve essere comunque preordinata l'attività amministrativa.

Il comma 2 dispone la forma scritta *ad substantiam*. Questa è necessaria per una più facile tutela processuale da parte dei terzi.

Inoltre il comma 2 è stato modificato dall'art. 1, comma 47, della l. n. 190/2012 che ha aggiunto un obbligo di motivazione degli accordi ai sensi dell'art. 3, della legge 241/1990, al fine di prevenire la corruzione nella pubblica amministrazione aumentando la trasparenza dell'azione amministrativa.

Questa novità ha portato ad alcuni mutamenti nella disciplina degli accordi.

⁷⁴ Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7955.

Quando l'obbligo di motivazioni non era vigente, la giurisprudenza⁷⁵ ha ritenuto che l'obbligo della forma scritta fosse adempiuto anche se entrambi i contraenti avessero firmato un semplice verbale di riunione che contenesse una specifica descrizione del contenuto delle decisioni. Ma adesso il suddetto verbale potrebbe non essere più sufficiente, in quanto deve emergere chiaramente dal testo dell'accordo l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione.

Dovremo inoltre vedere se la giurisprudenza riterrà che una mancanza di motivazione vada sanzionata con la nullità ovvero con l'annullabilità (come sarebbe previsto per i provvedimenti amministrativi in forza dell'art.3 e 21 octies della legge 241/1990).

Il comma 3 prescrive che l'accordo sostitutivo sia sottoposto agli stessi controlli previsti per i provvedimenti amministrativi.

La ratio della norma è quella di evitare che la scelta consensuale venga utilizzata per eludere la disciplina delle verifiche sui provvedimenti.

Per quanto riguarda l'accordo endoprocedimentale il controllo viene fatto sul provvedimento finale che ha recepito l'accordo, mentre per quello sostitutivo i controlli verranno fatti direttamente sull'accordo.

Il giudice amministrativo⁷⁶ ha ritenuto che l'eventuale esito negativo di suddetti controlli dia vita a una condizione risolutiva dell'accordo implicita.

Il comma 4bis⁷⁷ prevede che, “*a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa*”, la conclusione dell'accordo sia preceduta da una deliberazione dell'organo competente ad adottare il provvedimento finale.

Visto e considerato che la competenza all'adozione del provvedimento

⁷⁵ Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2011, n. 6261.

⁷⁶ T.A.R. Lazio, Sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563.

⁷⁷ Comma aggiunto dall'art.7, l. 11 Febbraio 2005, n.15 per controbilanciare la riconosciuta atipicità degli accordi sostitutivi fatta con la modifica del comma 1 dell'art. 11.

finale e alla sottoscrizione dell'accordo in genere sono in capo allo stesso organo, la norma va intesa principalmente come la richiesta di una forma di legittimazione del responsabile del procedimento alla conduzione delle trattative, quando sia materialmente una persona diversa dal dirigente dell'ufficio amministrativo.

Durante i lavori parlamentari era previsto un ulteriore comma che poi non è giunto nella norma definitiva. Esso prevedeva che la determinazione preventiva dovesse contenere, tra le altre cose, l'indicazione del fine dell'accordo, il suo oggetto, la forma e le clausole essenziali.

Anche in mancanza di previsione legale espressa, è ritenuto pacifico che la determinazione debba comunque indicare le ragioni per cui si ritiene più idoneo l'accordo rispetto al provvedimento per soddisfare l'interesse pubblico dedotto. Inoltre si ritiene che la determinazione non necessariamente debba essere separata dall'accordo, ma possa benissimo essere inserita nell'accordo stesso⁷⁸.

Il comma 4, in applicazione della regola del *rebus sic stantibus*, stabilisce che l'amministrazione mantiene comunque un potere autoritativo nei confronti del privato.

Potrà infatti recedere per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, ma dovrà comunque indennizzare il privato per gli eventuali pregiudizi subiti. Questa facoltà di recesso è consentita però solo all'amministrazione e non anche al privato.

Naturalmente il recesso vale solo per gli accordi sostitutivi. Per quanto riguarda quelli endoprecedimentali, che vengono recepiti nel provvedimento, all'amministrazione è riconosciuto il potere di revoca del provvedimento finale, ai sensi dell'art. 21quiquies.

Secondo la giurisprudenza⁷⁹ esisterebbe un vero e proprio dovere in tal senso, in capo all'amministrazione, ogni volta che lo strumento

⁷⁸ GRAUSO, op. cit., p. 120.

⁷⁹ T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 30dicembre 2011, n. 2077.

consensuale non risultasse più idoneo al conseguimento dell'interesse pubblico.

Secondo autorevole dottrina invece, l'amministrazione dovrebbe valutare la possibilità di rinegoziare l'accordo prima di procedere con un recesso, valutazione della quale l'amministrazione dovrebbe dare riscontro nella motivazione del provvedimento di recesso⁸⁰.

3.3. Le previsioni delle leggi settoriali.

Sono diverse le ipotesi di previsioni settoriali che disciplinano particolari tipi di accordi tra pubblica amministrazione e privati.

Mentre da un lato il legislatore, anche prima della l. n. 241/1990, aveva cominciato a considerare l'esistenza di forme consensuali di esercizio del potere pubblico (ad esempio attraverso strumenti di incentivazione economica alle imprese), la giurisprudenza dopo il 1990 procedette ad una progressiva deformalizzazione degli accordi amministrativi, riconducendo all'art. 11 (che assurgeva così al rango di norma generale) diversi tipi di accordi.

Le discipline tipizzate sono numerose e negli ambiti più variegati.

Vale sicuramente la pena ricordare la cessione volontaria in materia di espropriazione di pubblica utilità, disciplinata dagli artt. 20 e 45 del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, T.U.

Anche la categoria della concessione-contratto⁸¹, creata dalla giurisprudenza all'inizio del secolo scorso, per giustificare i punti di contatto tra la disciplina civilistica del rapporto obbligatorio che nasceva con il concessionario di un servizio pubblico e l'esercizio dei poteri autoritativi dell'amministrazione, è oggi ricompresa nell'ambito dell'art. 11 e disciplina diversi tipi di concessioni: concessioni di aree demaniali e di banchine, concessioni del servizio di riscossione dei tributi, quelle di servizio di autolinee, ecc.

⁸⁰ GRECO, op. cit. p. 249.

⁸¹ V. supra p. 10.

All'art. 11 è stata ricondotta anche la procedura per l'imposizione dei vincoli paesaggistici, di cui all'abrogata L. n. 1089/1939, confluita nel D. Lgs. 42/2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio.

3.4. I principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

La già ricordata⁸² doppia clausola di salvezza contenuta nel secondo comma dell'art.11 nella parte in cui recita che gli accordi “*si applicano, ove non diversamente previsto i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*” è stata fortemente dibattuta in dottrina e utilizzata sia per sostenere la tesi pubblicistica, sia quella privatistica, assumendo di volta in volta maggiore o minore elasticità.

Stabilire quali siano i principi del Codice civile applicabili presuppone una valutazione che deve essere fatta caso per caso per ogni accordo.

Troveranno in ogni caso applicazione: l'obbligo di comportarsi con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.); le norme di interpretazione del contratto (enunciate nel codice civile negli artt. dal 1362 al 1371) e il principio di buona fede (art 1337 c.c.).

Sono ritenute tendenzialmente applicabili anche le disposizioni dell'art. 1326 c.c. relative alla conclusione del contratto.

Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha avuto conoscenza dell'accettazione della stessa. Inoltre “*l'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi*”, fermo restando che “*un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta*”.

Il T.A.R di Bologna⁸³, a proposito di un accordo integrativo, ha rilevato che: “*nella prassi dei procedimenti amministrativi è possibile*

⁸² V. supra p. 34 e ss.

⁸³ T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 13 luglio 2006, n. 1369.

riscontrare un'ampia casistica nella quale il provvedimento amministrativo finale è preceduto da intese tra il privato ed il pubblico funzionario, che spesso si formalizzano in accordi scritti od in atti di sottomissione con i quali l'interessato, in vista della possibile adozione di un provvedimento amministrativo, assume l'obbligo di eseguire una determinata prestazione; in tale ipotesi, la volontà della p.a., che si esprime nell'atto autoritativo, si forma sulla base dell'impegno che il privato abbia dichiarato di assumere per ottenerlo, cosicché, dato il nesso funzionale tra i due atti facenti parte dello stesso procedimento, deve ritenersi che, ove il provvedimento sia stato emesso in conformità alla domanda, esso abbia recepito l'impegno del richiedente che, pertanto, diviene parte integrante del suo contenuto”.

Potrebbe inoltre essere applicato agli accordi anche l'art. 1328 c.c. in materia di revoca della proposta e dell'accettazione, in base al quale: *“la proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso... L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.”*

Come già ricordato, l'amministrazione può recedere unilateralmente dal contratto anche se la giurisprudenza ha imposto una motivazione precisa del motivo per il quale non ritiene più di stipulare l'accordo.

Il privato vanta un interesse legittimo pretensivo alla stipula, pertanto il giudice amministrativo non potrà mai determinare il contenuto dell'accordo. Il privato potrà limitarsi ad azioni processuali atte ad ottenere da parte della pubblica amministrazione una rivalutazione delle proprie posizioni.

Anche il privato può ovviamente revocare la propria proposta o accettazione prima che il procedimento amministrativo sia concluso e troverà applicazione il principio di buona fede e quello della responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative ex art. 1337 c.c.

La posizione del privato cambia inoltre a seconda che l'accordo sia

endoprecedimentale o sostitutivo. Nel caso che sia sostitutivo infatti il privato è titolare di diritti soggettivi all'adempimento, in quanto, come ormai riconosciuto dalla giurisprudenza⁸⁴, l'art. 1327 c.c. è applicabile anche agli accordi amministrativi. Pertanto il contratto ha forza di legge tra le parti.

Per quanto riguarda invece l'accordo integrativo il privato mantiene solo un interesse legittimo all'emanazione del provvedimento finale.

3.5. Le clausole definibili dalle parti.

Nell'accordo convergono l'autonomia negoziale del privato e il potere discrezionale della pubblica amministrazione.

Ai sensi dell'art. 1322 c.c., le parti *“possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge”*. Allo stesso modo si ritiene che, nell'accordo amministrativo, le parti abbiano un discreto margine per *“determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale”*.

Questo potrebbe lasciar dedurre che il contenuto del provvedimento finale possa subire modifiche a causa della volontà delle parti, ma questa libertà non è assoluta e si scontra con i limiti derivanti dalla necessità di bilanciare il principio di autonomia negoziale del privato da una parte e i principi di proporzionalità e di legalità dell'azione amministrativa.

Diventa quindi necessario stabilire se sussiste la possibilità per le parti di determinare liberamente il contenuto dell'accordo, deducendo prestazioni diverse da quelle previste legislativamente, che l'amministrazione potrebbe anche ottenere attraverso l'esercizio unilaterale del proprio potere. Su questo aspetto ci sono in giurisprudenza due opposte opinioni. Una⁸⁵ secondo la quale, poiché l'accordo non si pone in alternativa all'esercizio del potere, ma di esso

⁸⁴ Cons. St., Sez. VI, 19 maggio 2012, n. 3202.

⁸⁵ T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4026.

rappresenta solo una diversa modalità di esercizio, l'amministrazione non potrebbe esigere dal privato prestazioni diverse da quelle previste dalla legge.

L'altra⁸⁶ secondo la quale sarebbe possibile dedurre prestazioni straordinarie a patto che il privato le accetti, in piena autonomia negoziale.

Tuttavia va riconosciuta la sussistenza di un limite generale che discende dal principio di legalità in senso stretto, pertanto l'amministrazione non potrà mai ricorrere ad accordi per rendere possibile ciò che è vietato dalla legge⁸⁷ e dovrà comunque essere applicato il principio di proporzionalità, nella consapevolezza che l'accordo potrà poi essere soggetto al sindacato di eccesso di potere da parte del giudice amministrativo.

3.6. La patologia degli accordi: invalidità.

Non c'è in dottrina una risposta univoca sulla questione dell'invalidità degli accordi.

Parte della dottrina⁸⁸ ritiene che la disciplina applicabile differisca a seconda che si aderisca alla tesi privatistica o a quella pubblicistica. Secondo la tesi privatistica in caso di invalidità dell'accordo dovremmo ricorrere allo schema civilistico della nullità-annullabilità.

Secondo la tesi pubblicistica invece gli accordi seguono il regime dell'atto amministrativo in cui vengono recepiti (se accordi endoprocedimentali) o che sostituiscono (se accordi sostitutivi); pertanto saranno sindacabili secondo il parametro dell'illegittimità e della nullità ex art. 21 septies⁸⁹.

⁸⁶ Cons. St., Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545.

⁸⁷ TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Il Foro It.*, vol. 5, 2002, p. 279.

⁸⁸ GARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 2209.

⁸⁹ Secondo il quale “è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato

Altri⁹⁰ rilevano invece che nell'accordo si verifica l'incontro tra l'esercizio dell'autonomia negoziale e l'esercizio del potere pubblico, pertanto le patologie della funzione amministrativa coesisterebbero con quelle tipiche del contratto. Se così non fosse “*ad essere pregiudicate sarebbero le esigenze di tutela dei terzi e delle stesse parti, esigenze variabili in ragione dei differenti effetti che l'accordo sia suscettibile di produrre sulle rispettive sfere giuridiche, con particolare riferimento all'incidenza di tali effetti - riflesso della natura ambivalente degli accordi – su posizioni di diritto o di interesse*”.

La possibilità che coesistano vizi di natura diversa ci viene fornita, secondo Grauso, proprio dalla clausola di compatibilità dell'art. 11, la quale ci obbliga ad accertare se la disciplina civilistica dell'invalidità si applica anche agli accordi.

Quindi, mentre secondo il primo orientamento dottrinale citato, i rimedi in caso di invalidità dipendono dalla natura che si attribuisce all'accordo, per Grauso sono utilizzabili tanto i rimedi pubblicistici, quanto quelli privatistici, a discrezione dell'interessato.

Una distinzione deve essere fatta anche in relazione al caso che si tratti di accordi sostitutivi o integrativi.

Nel primo caso infatti sono esperibili sia il criterio privatistico che quello pubblicistico nei confronti dell'accordo stesso che va a sostituire il provvedimento; nel caso invece di accordo integrativo, i rimedi privatistici sono esperibili nei confronti all'accordo, mentre quelli pubblicistici nei confronti del provvedimento finale che lo ha recepito.

In dottrina c'è anche chi⁹¹, avendo aderito alla tesi pubblicistica, nega la possibilità che possa sussistere un concorso di rimedi nei confronti dell'accordo sostitutivo, ritenendo che i principi del codice siano applicabili solo in quanto compatibili e in mancanza di apposita

adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”.

⁹⁰ GRAUSO, op. cit., p.168 e ss.

⁹¹ GRECO, op.cit., p. 222 e ss.

disciplina di diritto pubblico.

Inoltre, secondo Greco, il rimedio della nullità sarebbe fonte di grave instabilità dei rapporti costituiti a mezzo dell'accordo, in quanto esso potrebbe essere impugnato e dichiarato nullo senza limiti di tempo⁹². Tale rimedio sarebbe inoltre in contraddizione con il diverso regime valevole per i contratti ad evidenza pubblica di natura privatistica, i quali possono essere impugnati solo entro un breve termine di decadenza.

3.6.1. (segue) inadempimento degli accordi.

L'adesione alla tesi pubblicistica piuttosto che a quella privatistica assume rilevanza anche nell'individuazione dei rimedi contro l'inadempimento⁹³.

Secondo la tesi privatistica dovrebbe dedursi che in caso di inadempimento, il creditore della prestazione possa invocare solo le forme di tutela previste dal codice civile, pertanto verrebbe disconosciuto il potere dell'amministrazione di agire in autotutela contro l'inadempimento del privato.

Secondo la tesi pubblicistica, invece, la pubblica amministrazione sarà sempre titolare di poteri autoritativi, con la conseguenza che al privato spetterebbe solo un interesse legittimo al soddisfacimento dell'accordo e non un diritto soggettivo. Unici rimedi per il privato sarebbero quindi il ricorso per silenzio-rifiuto (in caso di inerzia o di esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione) o il ricorso al TAR entro 60 giorni per far valere il vizio di eccesso di potere o difetto di presupposto (in caso che il provvedimento finale sia difforme nel contenuto da quanto stabilito nell'accordo endoprocedimentale).

⁹² L'art. 31 del d.lgs. n. 104/2010 ha introdotto un termine di decadenza anche per l'esercizio dell'azione di nullità che riduce il problema evidenziato da Greco.

⁹³ CARINGELLA, op. cit., p.2209.

La giurisprudenza⁹⁴ ha chiarito che spettano all'amministrazione poteri autoritativi anche in fase di esecuzione dell'accordo dichiarando che *“la presenza di un simile atto negoziale non preclude all'amministrazione il successivo esercizio di poteri autoritativi, per ragioni di pubblico interesse, essendo tra l'altro espressamente prevista anche la possibilità per l'amministrazione di recesso unilaterale, per motivi di pubblico interesse, salvo eventuale indennizzo, in base a quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 11 in discorso”*⁹⁵.

A questo orientamento espresso dalla giurisprudenza si riferisce anche quella dottrina che distingue l'inadempimento del privato da quello della pubblica amministrazione⁹⁶.

Secondo una concezione pan-privatistica in caso di inadempimento del privato l'amministrazione può far ricorso agli strumenti privatistici

⁹⁴ Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n.6344.

⁹⁵ La sentenza ha ad oggetto un caso in cui, dopo la stipula di un accordo endoprocedimentale, nel quale erano definite le condizioni alle quali un privato avrebbe potuto ottenere il rilascio di un titolo edilizio in sanatoria, il privato le violò, presentando un progetto difforme da esse. Pertanto l'amministrazione si rifiutò di rilasciare il titolo richiesto.

Di fronte all'eccezione del privato, secondo il quale l'amministrazione avrebbe dovuto comunque emettere il titolo promesso in forza dell'accordo, riservandosi di proporre nei confronti del privato un'azione di adempimento, il Giudice ha invece stabilito il permanere in capo all'amministrazione di regolare la fattispecie in via autoritativa.

Tuttavia è opportuno segnalare che in questa particolare circostanza, il diniego del titolo promesso poteva trovare giustificazione anche in principi civilistici come quello dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. in base al quale *“nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto...”*.

⁹⁶ GRAUSO, op. cit., p. 199 e ss.

dell'azione di adempimento o di risoluzione dell'accordo⁹⁷. Grauso risolve la questione dichiarando che l'amministrazione mantiene il potere di agire in autotutela in caso di inadempimento del privato, pertanto diventa improbabile che l'amministrazione, potendo agire con autorità, preferisca rivolgersi ai normali strumenti giurisdizionali.

In caso di inadempimento della pubblica amministrazione, Grauso ammette il ricorso alle azioni privatistiche⁹⁸ qualora le obbligazioni derivanti dall'accordo abbiano natura privatistica.

In caso gli obblighi abbiano natura pubblicistica (come quello dell'emanazione del provvedimento in seguito ad un accordo endoprocedimentale), gli unici strumenti del privato saranno l'azione contro il silenzio in caso di inerzia della pubblica amministrazione o il ricorso per far valere la violazione di legge o l'eccesso di potere in caso in caso di un provvedimento difforme dal contenuto stabilito dall'accordo endoprocedimentale.

La recente Adunanza Plenaria 28/2012⁹⁹, ha ammesso che, quando ad

⁹⁷ Tra l'altro sono stati sollevati in merito molti dubbi sulla possibilità che l'amministrazione sia in grado di costituirsi parte attrice o ricorrente.

⁹⁸ Compresa l'azione di esecuzione specifica a concludere un contratto, ex art. 2932 c.c. in caso di spendita della capacità negoziale della pubblica amministrazione.

⁹⁹ Cons. St., A. Pl., 20 luglio 2012, n. 28: *“Quanto alla contestata ammissibilità nel caso di specie dell'azione costitutiva di cui all'art. 2932 c.c., deve osservarsi quanto segue. La giurisprudenza ha anche recentemente ribadito (Cass. civ., sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160) che “il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. a fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere ex lege (Cass. n. 6792 del 08/08/1987; v. Cass. n. 7157 del 15/04/2004; v. Cass. n. 13403 del 23/05/2008 in tema di rifiuto di prestare il consenso di una cooperativa edilizia all'atto traslativo dell'immobile al socio assegnatario; Cass. n. 8568 del 05/05/2004 in tema di stipulazione di contratto di lavoro)”. Non vi è pertanto motivo per ritenere che non possa essere oggetto*

agire sia l'amministrazione nei confronti del privato, è possibile l'esperimento dell'azione ex art. 2932 c.c., ossia l'azione per l'ottenimento dell'esecuzione forzata in forma specifica del contratto preliminare. Possibilità, che i sostenitori della tesi privatistica, volevano in capo al privato per reagire all'inadempimento della pubblica amministrazione, ma che invece è stata negata da una sentenza del Consiglio di Stato¹⁰⁰.

3.6.2. (segue) la determinazione preventiva.

Occorre a questo punto richiamare quanto accennato precedentemente¹⁰¹ circa la determinazione preventiva e valutare come eventuali vizi di questa possano incidere sulla validità dell'accordo¹⁰².

dell'azione ex art. 2932 c.c. il mancato adempimento da parte del Consorzio dell'obbligo, assunto con i ricordati atti d'obbligo ...di cessione delle aree ivi indicate”.

¹⁰⁰ Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636: “*la legge abolitiva del contenzioso (l. n.2248/1865 all. e) ed i suoi noti limiti, nonché la circostanza che gli accordi in questione sono pur sempre contratti ad oggetto pubblico, stipulati nell'interesse pubblico deve ritenersi che la sentenza non possa tener luogo del provvedimento non emanato, poiché l'emissione del provvedimento è qualcosa di diverso dalla conclusione del contratto definitivo (senza dire che l'accordo sul contenuto del provvedimento potrebbe non esaurire del tutto la discrezionalità amministrativa) ed il provvedimento implica sempre l'esercizio di poteri autoritativi che non può che essere attribuito ad organi amministrativi e non all'autorità giurisdizionale”*

¹⁰¹ V. supra p. 47.

¹⁰² Occorre peraltro ricordare che una formulazione della norma non confluita poi nel testo definitivo (come risulta da VALLERGA, op. cit. p. 116) disciplinava il rapporto tra caducazione della determinazione preventiva e accordo, stabilendo che “*la mancanza o la nullità della determinazione di cui al comma 4bis comportano la nullità dell'accordo stipulato con la pubblica amministrazione. L'annullamento della medesima determinazione risolve l'accordo con effetto retroattivo anche nei confronti dei terzi, salva la disciplina dell'arricchimento senza causa. In ogni caso la pubblica amministrazione agisce rispettando gli obblighi di correttezza e buona fede nello svolgimento delle trattative previste dagli articoli del codice civile”.*

La mancanza o l'invalidità della determinazione preventiva comporta l'invalidità derivata dell'accordo successivamente stipulato.

Il genere di vizio che colpisce l'accordo dipende dalla natura giuridica che si attribuisce agli accordi ex art. 11.

Se si opta per la natura privatistica dell'accordo, la mancanza della determinazione preventiva giustificherà il ricorso alle categorie dell'annullabilità per vizio del consenso, la nullità per difetto di volontà negoziale o l'inefficacia per carenza di potere rappresentativo.

Se optiamo per la natura pubblicistica dell'accordo potranno richiamarsi le figure dell'annullabilità per difetto o invalidità dell'atto presupposto o della nullità per difetto di elemento essenziale.

In particolare, in caso di assenza o giuridica inesistenza della determinazione, secondo la tesi pubblicistica, si integra il vizio di violazione di legge, pertanto l'accordo risulterà annullabile nell'ordinario termine di decadenza previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi.

Va inoltre evidenziato come l'accordo stipulato in mancanza di determinazione preventiva possa essere impugnato dai terzi controinteressati, mentre non può essere impugnato dalle parti private dell'accordo che con la sottoscrizione manifestano l'acquiescenza per fatti concludenti. Anche in caso di invalidità della determinazione preventiva il privato non può impugnare l'accordo sostitutivo se non per vizio autonomo dello stesso che non sia dipendente dall'atto presupposto.

Può altresì accadere che l'accordo risulti difforme dalla determinazione preventiva. Anche in questo caso, per decidere quale sia il genere di vizio, dobbiamo prima decidere quale natura giuridica attribuire agli accordi.

Sarà riscontrabile un vizio di eccesso di potere se seguiremo la ricostruzione pubblicistica, oppure riscontreremo un vizio del consenso qualora la motivazione data dall'amministrazione non sia sufficiente a

giustificare il discostarsi dal proprio precedente atto, in caso di ricostruzione privatistica.

Qualora sia l'amministrazione ad indicare i motivi della difformità, i terzi danneggiati saranno sicuramente legittimati ad impugnare l'accordo. I diretti interessati invece potranno solo fare ricorso avverso l'atto che indica le giustificazioni, senza considerare che l'eventuale sottoscrizione del contratto determinerebbe comunque acquiescenza.

In caso l'amministrazione ometta di elencare le motivazioni per le quali ha inteso non uniformarsi alla determinazione preventiva, l'accordo sarà impugnabile dai terzi per i vizi di eccesso di potere per contraddittorietà o per sviamento del potere.

Anche in questo caso, se il privato sottoscrive l'accordo ci sarà acquiescenza, pertanto potrà impugnare il contratto solo per altri vizi.

Relativamente agli effetti dell'annullamento della determinazione preventiva sull'accordo successivamente stipulato, esistono due tesi.

Una propende per l'automatica caducazione dell'atto finale del procedimento, l'altra invece ritiene che sia sempre necessario impugnare l'atto finale autonomamente.

A metà strada tra queste due ipotesi, si colloca la tesi secondo cui la caducazione dell'atto finale del procedimento sarebbe automatica, in seguito all'invalidità della determinazione preventiva, solo se tra i due atti sussista un rapporto di consequenzialità diretta, senza che abbia ingresso nella fattispecie la necessità di nuove e ulteriori valutazioni di interessi.

Secondo Vallerga¹⁰³, tra determinazione preventiva ed accordo finale non sussisterebbe tale rapporto di consequenzialità diretta, in quanto l'amministrazione rimane libera, anche dopo l'emanazione della determinazione preventiva, di effettuare una nuova valutazione dell'interesse pubblico.

¹⁰³ VALLERGA, op. cit., p. 118.

Inoltre, riconsocere l'automatica caducazione dell'accordo (sia esso sostitutivo o integrativo) in seguito all'annullamento della determinazione preventiva, pregiudicherebbe anche l'esigenza di tutela dei controinteressati, i quali, in caso non fossero identificabili nel momento in cui la pubblica amministrazione emana la determinazione preventiva, non potrebbero partecipare all'eventuale giudizio instaurato contro il predetto atto.

Secondo Grauso¹⁰⁴ il rapporto che intercorre tra determinazione preventiva e accordo sostitutivo può essere paragonato a quello che sussiste tra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva nell'ambito delle gare d'appalto: anche in questo caso infatti, l'impugnazione della prima è del tutto facoltativa e non esclude la possibilità che l'interessato possa impugnare la seconda.

Infine, è doveroso parlare dei rapporti tra determinazione preventiva e autotutela, infatti come gli altri atti amministrativi, anche la determinazione preventiva è sottoposta al potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione.

Un eventuale ritiro di tale atto comporterebbe la conseguenziale invalidità anche dell'accordo.

Come è stato osservato in dottrina, qualora si giunga alla stipula del predetto accordo, la pubblica amministrazione avrebbe due strumenti per liberarsi dal vincolo imposto convenzionalmente: la revoca della determinazione preventiva oppure il recesso dall'accordo ex art. 11 comma 4¹⁰⁵.

Tuttavia, come osservato da Vallerga¹⁰⁶, il concorso di strumenti sarebbe solo apparente in quanto *“nel momento in cui si conclude l'accordo, la determinazione in parola ha ormai esaurito i suoi effetti, di talché una sua eventuale revoca sarebbe del tutto inefficace”*.

¹⁰⁴ GRAUSO, op. cit., p. 193.

¹⁰⁵ V. supra p. 47.

¹⁰⁶ VALLERGA, op. cit., p. 119.

Secondo l'Autore, la pubblica amministrazione potrebbe usare però lo strumento dell'annullamento d'ufficio della determinazione preventiva, che gli consentirebbe di essere svincolata dall'accordo senza obbligo di indennizzare i privati (a differenza di quello che avverrebbe in caso di recesso e revoca). Infatti, mentre il recesso è esperibile solo in caso di sopravvenuti motivi di interesse pubblico, l'annullamento d'ufficio è esperibile in caso di illegittimità originaria della determinazione preventiva. Pertanto in questo caso l'amministrazione non dovrà corrispondere al privato nessun indennizzo, salvi ovviamente i casi di responsabilità contrattuale.

3.7. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Nei casi di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo non è tenuto a conoscere esclusivamente di interessi legittimi, ma anche di controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi.

La fonte normativa della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ci viene fornita oggi dall'art. 133 c.p.a., che riproduce la disciplina che prima poteva ricavarsi dalla l. n. 1034/1971, il d.lgs. n. 80/1998 e, in riferimento alla materia degli accordi tra amministrazione e privati che più ci interessa, l'art. 11 comma 5 della l. n. 241/1990.

L'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo degli accordi in questione risulta essere provvidenziale, in quanto risolve il problema di stabilire quale sia il giudice competente a giudicare in una materia di confine tra diritto pubblico e diritto civile. Problema che sorgeva soprattutto nei casi in cui si aderiva alla concezione dualistica dell'accordo.

Come dichiarato dalla Cassazione¹⁰⁷, la disposizione del comma 5 dell'art. 11, estendeva la giurisdizione del giudice amministrativo a

¹⁰⁷ Cass. SS.UU., 12 marzo 2001, n. 105.

tutte le controversie che riguardavano gli accordi in questione, con una portata talmente ampia da comprendere anche i contenziosi riguardanti la fase procedimentale prodromica alla eventuale conclusione dell'accordo.

Prima di parlare delle controversie che possono sorgere durante la formazione e conclusione dell'accordo, è opportuno ricordare che la pubblica amministrazione è sempre orientata al perseguimento dell'interesse pubblico, anche quando utilizza lo strumento consensuale. Inoltre il privato non può mai considerarsi contitolare del potere amministrativo che rimane sempre in capo alla pubblica amministrazione. Il privato ha solo la possibilità di influenzare le modalità di esercizio del potere, attraverso la partecipazione al procedimento.

Pertanto, poiché la pubblica amministrazione si determina alla conclusione degli accordi attraverso un procedimento di carattere pubblicistico, le eventuali controversie che potranno sorgere in questa fase tra l'amministrazione e i privati riguarderanno ipotetiche violazioni degli obblighi di partecipazione procedimentale che, in quanto tali, più che nella giurisdizione esclusiva, rientreranno nella generale giurisdizione del giudice amministrativo, pertanto verranno in rilievo eventuali violazioni di legge o eccessi di potere dell'amministrazione.

La pubblica amministrazione dovrà quindi sempre esaminare le proposte dei privati ex art. 10 l. n. 241/1990 e riscontrando la richiesta di concludere un accordo amministrativo, dovrà dare adeguata motivazione delle ragioni che la inducono o dissuadono dall'aderire a tale proposta¹⁰⁸.

Una volta conclusa questa fase l'amministrazione ed il privato potranno concludere l'accordo. A questo punto è improbabile che

¹⁰⁸ In ottemperanza all'art. 3, l. n. 241/1990.

sorgano controversie se l'amministrazione in questione ha la competenza necessaria e il privato ha capacità giuridica e di agire.

Più verosimilmente potrà capitare che l'amministrazione, una volta concluso il procedimento che la legittima a stipulare l'accordo e dopo aver impegnato il privato in un iter che potenzialmente può essere oneroso, decida di esercitare i propri poteri autoritativi rinunciando a contrarre con il privato. Sebbene in base al principio consensualistico non sorga alcun obbligo a contrarre prima della stipula, se il recesso viene esercitato in una fase molto avanzata dell'iter (come nel caso di determinazione preventiva a concludere l'accordo da parte dell'organo competente), si genera in capo all'amministrazione una responsabilità nei confronti del privato. Responsabilità che in una visione privatistica può essere assimilabile alla figura della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. e che determinerà l'obbligo di rifondere al privato le somme da questo impegnate durante la trattativa con la pubblica amministrazione a titolo risarcitorio.

In una visione pubblicistica invece, il recesso della pubblica amministrazione che avvenga dopo la determinazione a contrarre obbliga quest'ultima a indennizzare (invece che a risarcire) il privato. Obbligo che si fonderebbe sul comma 4 dell'art. 11 della l. n. 241/1990.

Sull'argomento si è espressa la giurisprudenza¹⁰⁹ che ha rilevato come anche negli accordi amministrativi sia configurabile *“una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione allorché essa, con il proprio complessivo colpevole comportamento, leda l'affidamento in buona fede del privato in merito alla legittimità ed operatività dei provvedimenti preordinati alla conclusione dell'accordo medesimo”*.

3.7.1. Tutela dei terzi rispetto agli accordi.

Oltre alle eventuali controversie che possono sorgere tra

¹⁰⁹ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 11 novembre 2011, n. 1074.

amministrazione e privato, soggetti terzi potrebbero opporsi all'accordo in quanto potrebbero risultarne pregiudicati.

Diventa quindi necessario capire se anche le controversie di questi soggetti ricadano o meno nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Secondo alcuni autori la giurisdizione esclusiva dovrebbe ritenersi estesa anche per i terzi. La ratio sarebbe quella di evitare di dover decidere per ogni singolo caso a chi attribuire la giurisdizione ed evitare possibili casi nei quali, sulla stessa questione potrebbero essere investiti sia il giudice ordinario che quello amministrativo, a seconda che a sollevarla sia un terzo o il contraente.

La tesi contraria è fondata sul tenore letterale del comma 5 dell'art. 11, che si sarebbe riferito alle sole parti dell'accordo o ai terzi che avessero partecipato alla fase di formazione presentando affermazioni e proposte¹¹⁰.

La giurisprudenza¹¹¹ si è espressa affermando l'esistenza della giurisdizione esclusiva nel caso di un terzo che chiedeva l'esecuzione di un accordo concluso tra più amministrazioni. Ma in questo caso il terzo era beneficiario dell'accordo e la controversia aveva ad oggetto obblighi assunti nei suoi confronti.

Il terzo potrà comunque esperire rimedi di tipo annullatorio nei confronti degli atti amministrativi conseguenti alla stipula dell'accordo integrativo, o in caso di accordo sostitutivo, avverso l'accordo stesso. Se la controversia riguarda invece il contraente privato che agisca sul presupposto dell'accordo e il terzo, essa non è sicuramente ricompresa nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il terzo dovrà pertanto esperire le azioni di fronte al giudice ordinario¹¹².

¹¹⁰ Grauso, op. cit., p. 244.

¹¹¹ Cass. SS.UU., 3 marzo 1994, n.2084.

¹¹² FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo: studio del consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, Cedam, 1998, p. 216.

3.7.2. Risoluzione del contratto, condanna all'adempimento e risarcimento del danno.

Essendo vigente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche le azioni avverso l'inadempimento dell'amministrazione sono da proporre a suddetto giudice.

In base al diritto civile, il privato potrebbe chiedere in via alternativa la risoluzione del contratto oppure la condanna all'adempimento dell'accordo. Oltre a queste due possibilità il privato potrà sempre chiedere il risarcimento del danno.

Vista la particolarità degli accordi e del contraente pubblico, i diritti processuali del privato possono subire degli adattamenti, ma non possono essere negati.

Sarà quindi esperibile l'azione per la risoluzione del contratto quando l'inadempimento della pubblica amministrazione sia grave e ad essa imputabile.

Quanto alla possibilità di ottenere la condanna all'adempimento, l'esperibilità dell'azione dipenderà dalla prestazione dovuta dall'amministrazione. Nel caso di una obbligazione al pagamento di una somma di denaro, il privato potrà rivolgersi al giudice amministrativo per la tutela. Nel caso invece in cui siano dedotte prestazioni di tipo materiale ci sono due possibili soluzioni. O viene concessa la possibilità al privato di rivolgersi al giudice amministrativo che esercitando una giurisdizione piena è in grado di tutelare anche questo diritto; oppure al privato dovrà essere riconosciuta un'azione di accertamento dell'obbligazione della pubblica amministrazione e della sua violazione, seguita in caso di successivo inadempimento, dalla possibile proposizione di un ricorso per ottemperanza o da un'azione di condanna ex art. 33 d.lgs. n. 104/2010.

Quanto al risarcimento del danno per il privato in caso di inadempimento della pubblica amministrazione, è una possibilità che è

stata progressivamente riconosciuta dalla giurisprudenza a partire dagli anni '90 e che ha trovato codificazione nell'art. 30 del d.lgs. n. 104/2010.

Combinando gli artt. 30 e 34 del c.p.a. è possibile affermare che la condanna non necessariamente deve consistere in un risarcimento pecuniario, ma può consistere anche nell'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, utilizzando anche misure di risarcimento in forma specifica. Come chiarito dalla giurisprudenza¹¹³ infatti, in base agli artt. 30 e 34 c.p.a., in capo al giudice amministrativo “*si configura così un potere di condanna senza restrizione dell'oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio*” che può, a tutti gli effetti, produrre gli stessi risultati esigibili con un'azione di adempimento.

¹¹³ T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428.

CAPITOLO 4:FATTISPECIE DI ACCORDO TIPIZZATE DAL LEGISLATORE.

4.1. Le convenzioni urbanistiche.

L'urbanistica è il settore nel quale maggiormente l'azione amministrativa va ad incidere sulle posizioni giuridiche dei privati. Sia sui diritti soggettivi di cui i privati possono essere titolari, (ad esempio nei piani di lottizzazione convenzionata) sia sugli interessi legittimi, prevalentemente oppositori, come accade ad esempio quando viene posto un vincolo urbanistico ad un fabbricato¹¹⁴.

Spetta quindi alla pianificazione urbanistica garantire l'interesse pubblico ad un efficiente uso del suolo, tutelando allo stesso tempo altri interessi pubblici (ad esempio la tutela del paesaggio, dell'ambiente o dei beni culturali) provvedendo anche alle altre eventuali istanze della comunità.

In questo caso però, la norma attributiva del potere di piano non identificherebbe alcun interesse pubblico particolare, ma ci sarebbe invece una ponderazione di tutti gli interessi in ballo, non solo pubblici, ma anche diffusi e collettivi, oltre che privati.

Per far fronte a queste esigenze la legislazione italiana ha utilizzato diverse soluzioni. Dalla prospettiva del privato è stata riconosciuta la possibilità di presentare osservazioni ed opposizioni e di fare accordi urbanistici (che sono quelli che interessano a noi in questa trattazione), mentre dal lato pubblicistico sono utilizzate le tecniche della pianificazione differenziata e il coordinamento orizzontale tra più amministrazioni con accordi e conferenze di servizi.

¹¹⁴ FOLLIERI, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in CAIA, *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e le pianificazioni di settore* in *Quaderni della Spisa*, Maggioli, Rimini, 2001, p. 55 e ss.

Il settore urbanistico è stato per lungo tempo il settore nel quale si è sperimentato il ricorso a strumenti convenzionali tra amministratore e privati. Si tratta di figure già diffuse all'inizio del Novecento e previste oggi in diverse norme.

La categoria delle convenzioni urbanistiche, (il cui prototipo è fornito dalle convenzioni di lottizzazione ex art. 28 l. n. 1150/1942) ha come scopo il governo del territorio e la disciplina dell'attività edilizia. Queste convenzioni consistono, nella sostanza, in accordi che consentono al privato di eseguire opere di urbanizzazione con la possibilità di scomputare i costi degli oneri dovuti al Comune.

È stato infatti osservato¹¹⁵ come queste convenzioni, sotto un profilo causale, consistano in uno scambio di diritti edificatori e di prestazioni d'opera. Dei primi dispone l'amministrazione in base al potere che gli ha attribuito la legge, le seconde sono eseguite dal privato.

La natura giuridica delle convenzioni urbanistiche è da sempre molto discussa in dottrina.

Le tesi del contratto *nel* o *di* diritto pubblico¹¹⁶ utilizzavano soprattutto gli schemi delle convenzioni urbanistiche per giustificare le proprie argomentazioni.

Storicamente vennero quindi inquadrare prima in termini strettamente contrattuali, poi nello schema concessione-contratto e infine come contratti di diritto pubblico o contratti ad oggetto pubblico¹¹⁷.

La natura giuridica delle convenzioni urbanistiche fu studiata anche dai civilisti, che le catalogarono come contratti di diritto comune, "accessivi" ad un atto amministrativo generale¹¹⁸.

Tale "accessione" veniva poi spiegata diversamente da ogni autore.

¹¹⁵ MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 691.

¹¹⁶ V. supra p. 17

¹¹⁷ NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*. op. cit., p. 1308.

¹¹⁸ FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1993, IV ed., Vol. VIII, p. 550.

Per alcuni¹¹⁹ avveniva per incorporazione nell'atto amministrativo della promessa unilaterale del privato con la quale lo stesso si obbligava nei confronti dell'amministrazione, al momento della realizzazione della condizione sospensiva a cui era sottoposta la promessa.

La condizione consisteva nel rilascio della concessione edilizia (oggi permesso di costruire) da parte del Comune, evento futuro e incerto, dipendente dalla discrezionalità della pubblica amministrazione.

Per altri¹²⁰ invece la convenzione era sottoposta ad una convenzione risolutiva potestativa, dove il fatto futuro e incerto non era il rilascio della concessione edilizia, ma il non utilizzo del potere dell'amministrazione di modificare quanto precedentemente concordato.

Con l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 le convenzioni urbanistiche vennero progressivamente comprese nell'ambito applicativo dell'art. 11, tant'è che oggi, la qualificazione delle suddette convenzioni nella figura degli accordi amministrativi è opinione unanimemente condivisa sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

Acclarato ciò, dobbiamo distinguere due categorie di convenzioni urbanistiche.

La prima categoria (dei c.d. accordi "a valle" delle prescrizioni urbanistiche) si pone in ordine agli strumenti di pianificazione attuativa, la seconda categoria (dei c.d. accordi "a monte") in relazione a strumenti di pianificazione generale¹²¹.

Gli accordi c.d. "a valle" sono tradizionalmente presenti nel nostro ordinamento, mentre quelli "a monte" sono strumenti relativamente nuovi. Questi ultimi sono anche quelli che comportano più problemi, in quanto, a differenza di quelli a valle delle prescrizione urbanistiche,

¹¹⁹ CANDIAN, GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 137 e ss.

¹²⁰ BARBIERI, *Sopravvenuta inefficacia di piani di lottizzazione convenzionati e responsabilità dei comuni*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 395 e ss.

¹²¹ URBANI, *Pianificare per accordi*, in *RGE.*, 4, 2005, p. 177 e ss.

che non mettono in discussione la cura dell'interesse pubblico in quanto le scelte sono già state fatte dall'amministrazione essendo il contenuto dell'accordo eventuale già determinato nel piano; quelli a monte vanno ad incidere nelle scelte politiche in ordine all'uso del territorio.

4.1.1. Le convenzioni di lottizzazione.

Come affermato dalla giurisprudenza¹²² *"alle convenzioni urbanistiche, 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'art. 28 della legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150, come sostituito per effetto dell'art. 8 della legge 6 agosto 1967, n. 765, trattandosi di disposizioni che regolano casi simili o matrici analoghe"*, e le convenzioni di lottizzazione possono essere considerate l'archetipo delle convenzioni urbanistiche.

Il procedimento lottizzatorio si realizza in tre fasi: presentazione da parte del proprietario privato di un piano di assetto urbanistico per un determinato territorio; stipula di una convenzione di lottizzazione tra Comune e proprietari dei suoli; approvazione del piano di lottizzazione da parte del consiglio comunale.

Con la stipula della convenzione i privati si obbligano a cedere gratuitamente aree necessarie per opere di urbanizzazione primarie, si obbligano inoltre alla loro realizzazione insieme a quota parte di quelle secondarie. Il Comune in cambio si impegna al rilascio dei permessi di costruire a favore dei lottizzanti, in conformità con le opzioni di assetto territoriale concordate. Vengono quindi fissati i termini per l'esecuzione delle opere e vengono prestate garanzie degli obblighi assunti.

¹²² Cons. St. Sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3016.

Gli atti del procedimento sono due: la convenzione e il piano adottato dal Comune, ma la loro connessione è talmente forte che possono essere visti anche come un unico atto. La deliberazione del consiglio comunale svolgerebbe la funzione di accettare il contenuto della convenzione e del piano da essa delineato.

La stessa giurisprudenza, a partire dalla nota sentenza della Corte di Cassazione del 15 dicembre 2000, n. 1262, ha espresso la natura di accordi sostitutivi ex art. 11 l. n. 241/1990 delle convenzioni di lottizzazione.

La Corte ha osservato che *le “convenzioni di lottizzazione di cui alla legge 1967 n. 765 costituiscono per acquisita e consolidata esegesi giurisprudenziale, contratti di natura peculiare, in considerazione del loro inserirsi nell’ambito del procedimento amministrativo concludentesi con l’approvazione del piano di lottizzazione ed il rilascio delle correlative licenze (o cd. concessioni) edilizie (cfr. sent.ze nn. 2567-84; 307-87; 9792-90; 11034-91; 7773-1992; 2669-93 e successive conformi). E per tale speciale loro connotazione, strutturale e funzionale, le riferite convenzioni...rientrano pienamente nel paradigma concettuale del quale hanno anzi agevolato l’elaborazione, anticipandone lo schema di riferimento dei cosiddetti accordi sostitutivi del provvedimento disciplinati dall’art. 11 della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990”*.

Relativamente all'art 13 primo comma della legge sul procedimento amministrativo che sancisce l'inapplicabilità delle norme riguardanti la partecipazione al procedimento amministrativo agli *“atti amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione”*, la Corte ha osservato che i piani di lottizzazione non ricadrebbero nei divieti dell'art. 13, in quanto non costituiscono un *“provvedimento di pianificazione generale programmatica espressione di scelte politiche”*, bensì *“strumenti di pianificazione di tipo attuativo”* che come tali non implicano scelte di pianificazione, quindi *“una corretta*

interpretazione del riferito art. 13, anche sul piano della coerenza sistemica (cfr. Cass. n. 7452-97 cit.), impone, di ritenere che lo sbarramento dell'art. 13 operi solo con riferimento a provvedimenti di pianificazione generale programmatica espressione di scelte politiche; e non quindi anche con riguardo ai piani di lottizzazione”.

Rientrando nella categoria degli accordi sostitutivi, anche le convenzioni di lottizzazione sono di competenza esclusiva del giudice amministrativo¹²³ e sarà pertanto quest'ultimo a decidere relativamente a controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi.

La pubblica amministrazione avrà a disposizione tutti gli strumenti del diritto civile per ottenere l'adempimento del privato. Inoltre potrà contare sull'autotutela amministrativa¹²⁴, richiamando la disposizione dell'art. 20 l. n. 1150/1942¹²⁵ applicabile in via analogica alle convenzioni di lottizzazione.

Il soggetto privato che voglia reagire al mancato compimento di atti materiali o negoziali da parte della pubblica amministrazione, avrà a

¹²³ Cass. SS.UU., 17 gennaio 2005, n. 732, secondo cui “*quando venga dedotta in giudizio una convenzione di lottizzazione, attesa la sua pacifica natura di accordo sostitutivo di provvedimento, il giudice non deve indagare se sussista una persistente efficacia dell'art. 34 d.lgs. 80/1998 in relazione ad ipotesi di preesistente giurisdizione amministrativa in materia urbanistica, fatta salva da Corte cost. n. 281/2004, giacché la giurisdizione del giudice amministrativo è radicata in virtù dell'art. 11 co. 5 l. 241/1990 che configura un'ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva non correlata ad una determinata materia, bensì ad una determinata tipologia di atto, quale che sia la materia che ne costituisce oggetto”.*

¹²⁴ Come stabilito dalla giurisprudenza: Cons. St. Sez. V, 19 marzo 1991, n.300.

¹²⁵ In forza del quale “*per l'esecuzione delle sistemazioni previste dal piano particolareggiato che consistano in costruzioni, ricostruzioni o modificazioni d'immobili appartenenti a privati, il podestà ingiunge ai proprietari di eseguire i lavori entro un congruo termine. Decorso tale termine il podestà diffiderà i proprietari rimasti inadempienti, assegnando un nuovo termine. Se alla scadenza di questo i lavori non risulteranno ancora eseguiti, il comune potrà procedere all'espropriazione”.*

disposizione i normali strumenti civilistici, compresa l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex. art. 2932 c.c.

Se l'inadempimento del soggetto pubblico consiste nella mancata emanazione di provvedimenti amministrativi, il privato potrà fare ricorso con rito speciale contro il silenzio inadempimento e il giudice amministrativo potrà eventualmente nominare un commissario *ad acta*.

Se invece il provvedimento risulta essere difforme da quanto previsto nella convenzione, il privato potrà fare ricorso giurisdizionale al TAR deducendo l'illegittimità dell'atto.

4.1.2. Edilizia convenzionata ai sensi della l. n. 10 del 1977.

La legge 28 gennaio 1977, n. 10 ha introdotto nel nostro ordinamento la c.d. edilizia convenzionata.

Alla base di questo tipo di convenzione c'è il principio di equità, secondo il quale i soggetti istanti si obbligano a partecipare alla costruzione o al mantenimento delle opere di urbanizzazione mediante il pagamento di un contributo concessorio oppure tramite la realizzazione delle predette opere.

La convenzione edilizia è quindi un accordo tra privato e Comune, con il quale il primo si obbliga a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, connesse all'edificazione per la quale si richiede il necessario titolo abilitativo, a scapito del corrispondente contributo concessorio.

Inoltre, gli artt. 7 e 8 della l. n. 10/1977¹²⁶ hanno introdotto la finalità di calmierare i prezzi del mercato immobiliare, che viene conseguita attraverso lo sgravio contributivo del contributo concessorio. Tale sgravio viene concesso ai soggetti istanti che si obbligano con l'amministrazione a praticare determinate condizioni di vendita o

¹²⁶ Oggi art. 17 del T.U. edilizia.

determinati canoni di locazione degli immobili una volta costruiti, sulla base di una convenzione-tipo adottata da ogni Regione con la quale vengono fissate: le caratteristiche e le tipologie degli immobili, la determinazione dei relativi prezzi di vendita o locazione e la durata massima delle convenzioni per un periodo compreso tra i venti e i trent'anni.

La convenzione potrà prevedere la possibilità di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione in sostituzione del pagamento degli oneri concessori. In tal caso la convenzione conterrà anche la descrizione delle opere da eseguire, i termini di esecuzione e le relative garanzie.

Per tanto tempo la giurisprudenza ha negato che le suddette convenzioni rientrassero nell'alveo degli accordi ex art. 11 l. n. 241/1990.

Le sentenze della Corte di Cassazione n. 4572 del 15 aprile 1992 e n. 7773 del 24 giugno 1992, pronunciandosi sulle convenzioni edilizie¹²⁷, qualificavano infatti queste convenzioni come *“moduli convenzionali nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato all'emanazione del provvedimento concessorio, il quale resta l'unico strumento di regolazione del rapporto”* considerandole un *“segmento interno alla procedura”*.

L'inversione di tendenza avverrà verso la fine degli anni '90¹²⁸ ed oggi è largamente accettato che queste convenzioni rientrino tra gli accordi integrativi ex art. 11.

Tra l'altro sulla questione si è espressa anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con la sentenza del 12 luglio 2001 sulla causa C-

¹²⁷ Nel caso della sentenza n. 4572/1992 alcune società avevano assunto alcune obbligazioni con atti unilaterali al fine di ottenere le concessioni edilizie necessarie per la costruzione di impianti industriali e di abitazioni civili. Nel caso della sentenza n. 7773/1992 invece, il Comune aveva subordinato il rilascio del titolo abilitativo alla stipula di un'apposita convenzione.

¹²⁸ Cass. SS. UU. 1 febbraio 1999, n.8, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 9 settembre 1998, n. 2104; T.A.R. Toscana, Sez. I, 11 luglio 2000, n. 1627.

399/98. La pronuncia riguarda la possibilità per il titolare del permesso di costruire di scomputare il contributo dovuto per gli oneri di urbanizzazione, mediante la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione medesime. La Corte attraverso la qualificazione di amministrazione aggiudicatrice del Comune e di imprenditore del privato qualificò l'accordo stipulato nell'ambito di una lottizzazione, come contratto sinallagmatico a titolo oneroso, ai sensi dell'art. 1 lett. a) della direttiva n. 93/37/CE, quindi, come contratti di appalto pubblico di lavori. Da ciò discendeva che l'amministrazione comunale aveva l'obbligo di rispettare le procedure ad evidenza pubblica previste nella direttiva medesima, ogniqualvolta l'importo stimato delle opere di urbanizzazione erano eguali o superiori la soglia comunitaria. Le disposizioni della sentenza furono recepite nell'art. 2 comma 5 della l. 109/1994 come modificato dall'art. 7 comma 1 della legge 166/2002.

4.1.3. Le convenzioni nell'edilizia residenziale pubblica.

Questo è uno strumento creato al fine di procurare un'abitazione alle fasce più deboli della società a prezzi di vendita o con canoni di locazione inferiori rispetto a quelli di mercato.

La disciplina di queste convenzioni è contenuta nell'art. 35 della l. n. 865/1971.

La convenzione viene stipulata in un momento successivo rispetto a quello dell'emanazione del c.d. piano di zona e con essa, soggetti pubblici o privati¹²⁹, si impegnano con l'amministrazione a realizzare gli alloggi nelle aree predefinite e precedentemente espropriate.

Il contraente-costruttore si impegna a realizzare gli immobili e le opere di urbanizzazione entro un termine determinato e vengono stabiliti i

¹²⁹ In origine la norma riservava la possibilità di stipula della convenzione solo a determinati enti pubblici, operanti istituzionalmente nel settore dell'edilizia economica e popolare, o a cooperative edilizie a proprietà indivisa.

canoni di locazione o i prezzi di cessione degli alloggi che costituiscono la fonte di profitto del costruttore.

Di queste convenzioni si è occupata la Cassazione con sentenza a Sezioni Unite del 29 agosto 1998 n. 8593. Nel caso specifico, un'impresa era aggiudicataria di una convenzione per la realizzazione di immobili ad uso di residenze pubbliche, ma il Comune ritardava nel rilascio della concessione edilizia necessaria per eseguire i lavori, pertanto l'impresa chiese al giudice la risoluzione della convenzione e il risarcimento danni. La Cassazione ritenne che, poiché si trattava di una controversia in materia di esecuzione di un accordo amministrativo, era soggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. A tal proposito dichiarò: *“La domanda con la quale il privato, titolare della concessione per la progettazione e realizzazione di opere di edilizia residenziale pubblica, chieda la risoluzione della relativa convenzione e il risarcimento dei danni nei confronti del comune a causa del ritardo di quest’ultimo nel rilascio della concessione edilizia necessaria per la realizzazione delle opere oggetto della convenzione, introduce una controversia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in forza dell’art. 11 comma 5, L. n. 241 del 1990, che riserva alla giurisdizione esclusiva di tale giudice le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi in base ai quali venga individuato il contenuto di un provvedimento che la P.A. deve emettere a conclusione di un procedimento preordinato all’esercizio di una pubblica funzione amministrativa, norma da ritenersi applicabile anche alle controversie nascenti da accordi conclusi anteriormente alla sua entrata in vigore”*.

4.1.4. Le convenzioni per gli insediamenti produttivi.

Queste convenzioni tra Comune e operatore economico privato si

collocano nella disciplina di attuazione del Piano per gli Insediamenti Produttivi e sono previste dall'ultimo comma dell'art. 27 l.n. 865/1971. La norma fa esclusivo riferimento alla determinazione degli oneri a carico dell'acquirente o concessionario e delle eventuali sanzioni per la loro inosservanza, ma nella prassi, queste convenzioni hanno un contenuto che può trascendere gli aspetti prettamente urbanistici. Possono infatti riguardare ad esempio il tipo di attività imprenditoriale da svolgere o il programma occupazionale.

I contenuti tipici di queste convenzioni sono invece: cessioni di proprietà o diritto di superficie su determinate aree, modalità di pagamento, realizzazione di immobili e opere di urbanizzazione, imposte, tasse e sanzioni.

Essendo considerate a tutti gli effetti convenzioni urbanistiche, anche queste convenzioni ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 11, l. n. 241/1990, cosa peraltro osservata anche dalla giurisprudenza¹³⁰.

4.1.5. Convenzioni di recupero e piani di recupero ad iniziativa privata.

Nel settore del recupero urbanistico e del patrimonio edilizio esistono diversi modelli convenzionali tra amministrazione comunale e proprietari.

La disciplina generale delle convenzioni di recupero è contenuta nella l. n. 457/1978, come modificata dagli art. 13 e 14 della legge 18 febbraio 1992, n. 179.

La legge disciplina agli artt. 27, 28 e 32 alcune convenzioni finalizzate all'esecuzione dei piani di recupero per il patrimonio edilizio esistente, mentre all'art. 30 sono disciplinati i piani di recupero ad iniziativa privata.

L'art 27 disciplina le convenzioni che sono obbligatorie quando si voglia effettuare una ristrutturazione edilizia su immobili che non sono

¹³⁰ Tra le molte sentenze: Cons. St., Sez. IV, 16 febbraio 2011, n. 1014.

come presi nel piano di recupero, purché essi si collochino in aree individuate come “zone di recupero” dallo strumento urbanistico. La ratio di queste convenzioni, come per l'edilizia convenzionata, è quello di controllare i prezzi di vendita e i canoni di locazione degli alloggi una volta risanati.

Il richiedente di una concessione edilizia di ristrutturazione potrà chiedere una modifica fino al 25% della destinazione d'uso dell'immobile se si impegna a praticare prezzi di vendita o di locazione calmeriati, oltre a partecipare agli oneri di urbanizzazione.

L'art. 28 disciplina la convenzione può essere stipulata dal Comune con determinati soggetti (proprietari, consorzi di proprietari, imprese, cooperative, ecc.) quando intendano eseguire spontaneamente gli interventi per il recupero del patrimonio edilizio, oppure per l'adeguamento delle urbanizzazioni, o infine in caso di interventi da attuare mediante cessione volontaria, espropriazione od occupazione temporanea.

L'art. 32 disciplina un tipo di convenzione speciale, prevista solo per Comuni con popolazione superiore a cinquantamila abitanti e per interventi di rilevante entità. La convenzione permette di ottenere dal privato l'impegno di dare in locazione gli alloggi ristrutturati ad un canone concordato e a determinate categorie di soggetti indicate dal comune stesso, in cambio del rilascio della concessione edilizia.

Per quanto riguarda invece i piani di recupero a iniziativa privata, disciplinati dall'art. 30, realizzano una concertazione tra pubblico e privato delle prescrizioni urbanistiche.

4.1.6. I programmi di riqualificazione urbana, i programmi integrativi di intervento, i programmi di recupero e i contratti di quartiere.

Sono piani introdotti dalla l. 17 febbraio 1992, n. 179 per favorire una collaborazione tra pubblico e privato per la riorganizzazione,

riconversione e rigenerazione urbana. Questi piani sono orientati alla prevenzione del consumo del suolo e alla valorizzazione del patrimonio edilizio esistente.

Per la giurisprudenza¹³¹ *“sono definibili come strumenti urbanistici di secondo livello, rispetto al piano regolatore generale, aventi il fine di riqualificare il tessuto urbanistico, edilizio ed ambientale, caratterizzati dalla presenza di una pluralità di funzioni e dall’integrazione di diverse tipologie di intervento...Pertanto, l’ampiezza di funzioni e di contenuti ne connota la peculiarità rispetto ad altri strumenti di pianificazione ad orientamento settoriale”*.

La sentenza 19 ottobre 1992, n. 393 della Corte Costituzionale dichiarò l’incostituzionalità di alcune disposizioni della legge, per violazione delle prerogative legislative regionali. Oggi la disciplina dei relativi procedimenti è disciplinata dalle Regioni, con apposite leggi regionali che hanno dato possibilità ai Comuni di concludere accordi con i privati a fini riqualificatori¹³².

È questo il caso della Regione Toscana, con la l.r. 8 maggio 2009, n. 24, recante *“Misure urgenti e straordinarie volte al rilancio dell’economia e alla riqualificazione del patrimonio edilizio esistente”*.

4.1.7. Gli accordi perequativi e conservativi.

La disciplina di questi accordi si trova quasi esclusivamente nella legislazione regionale. Questi accordi vengono in genere utilizzati per

¹³¹ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 15 ottobre 2002, n. 3943.

¹³² Sulla scia del c.d. Piano Casa (D.L. 112/2008 conv. con L. 133/2008 e D.L. 70/2011 conv. con L. 106/2011), le regioni hanno provveduto a dettare nuove disposizioni anche riguardanti i Programmi di riqualificazione e di recupero urbano: L.r. Veneto n. 14/2009 e n. 13/2011; L.r. Toscana n. 24/2009 e n.65/2010; L.r. Emilia Romagna n. 6/2009; L.r. Lombardia n. 27/2009; L.r. Campania n. 19/2009 e L.r. n. 1/2011; L.r. Piemonte n. 20/2009 e L.r. n. 1/2011; L.r. Umbria n. 13/2009 e n. 27/2010.

attuare i piani urbanistici, ma esistono casi nei quali, soprattutto per quello che riguarda la perequazione, vengono utilizzati per definire le scelte urbanistiche durante la predisposizione del piano urbanistico generale.

Il meccanismo della perequazione è oggi previsto in numerose Regioni con leggi regionali¹³³. La sua ratio è quella di annullare gli effetti discriminatori derivanti dalle tecniche di zonizzazione delineate dal piano regolatore generale, in quanto i proprietari dei terreni si ritrovano ad essere tutti titolari di un uguale indice edificatorio, spendibile in un diverso ambito territoriale omogeneo, nel caso in cui l'area debba essere utilizzata per la realizzazione di opere pubbliche o comunque di interesse pubblico. La perequazione si prospetta anche come un'alternativa all'esproprio e si fonda su un meccanismo consensuale nel quale i singoli proprietari aderiscono alle scelte urbanistiche fatte dal Comune.

Esistono due tipi di perequazione: quella a posteriori (di comparto o parziale) e quella a priori o generalizzata la quale si basa sulla disposizione di un indice di edificabilità uguale per tutto il territorio comunale.

In alcune regioni esiste anche la perequazione atipica, che non è altro che la combinazione di quella generalizzata e quella di comparto.

Il Consiglio di Stato¹³⁴ ha osservato che il fondamento di questi accordi va ravvisato *“in principi ben radicati nel nostro ordinamento, con riguardo da un lato al potere pianificatorio e di governo del territorio (quale disciplinato dalla legislazione urbanistica fin dalla legge 17*

¹³³ Art. 33, l.r. Basilicata 11 agosto 1999, n. 23; art. 54, l.r. Calabria 16 aprile 2002, n. 19; art. 31, l.r. Friuli-Venezia Giulia 23 febbraio 2007, n. 5; art. 7, l.r. Emilia Romagna 24 marzo 2000, n. 20; art. 11, l.r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12; art. 7, l.r. Puglia 13 dicembre 2004, n. 24; art. 60, l.r. Toscana 3 gennaio 2005, n. 1; art. 29, l.r. Umbria 22 febbraio 2005, n. 11; art- 35, l.r. Veneto 21 ottobre 2004, n. 20; art. 53 della Legge 4 marzo 2008, n. 1 della Provincia autonoma di Trento.

¹³⁴ Cons. St., Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545.

agosto 1942, nr. 1150) e dall'altro alla facoltà di stipulare accordi sostitutivi di provvedimenti”.

È poi intervenuto anche il legislatore con la l. 106/2011 che ha introdotto l'obbligo di trascrizione per i contratti che “*trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*¹³⁵”.

Anche la compensazione si giustifica sulla base del meccanismo dello scorporo dell'indice edificatorio rispetto al terreno da cui ha origine e sul quale insiste il diritto di proprietà.

Vengono distinti due tipi di compensazione: la compensazione espropriativa e quella urbanistica¹³⁶.

La compensazione espropriativa si realizza nell'attribuzione al proprietario espropriato di un indice edificatorio da utilizzare in un altro terreno come indennizzo.

La compensazione urbanistica si applica in presenza di vincoli non espropriativi, non soggetti a decadenza quinquennale, ma fortemente limitativi delle capacità edificatorie e quindi del valore immobiliare dell'area. Anche in questo caso, a titolo di indennizzo, vengono riconosciuti ai proprietari indici edificatori da spendere altrove.

La Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità degli accordi di compensazione con la sentenza 179/1999, ma in questo caso, a differenza della perequazione, manca una specifica disposizione legislativa.

Venuta meno dal 2005 la tipicità degli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo, la dottrina¹³⁷ ha ritenuto che gli accordi di compensazione possano trovare lì il loro fondamento legale.

¹³⁵Comma 2 bis, art. 2643 c.c..

¹³⁶ MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. cit., p. 144.

¹³⁷ URBANI, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011, p. 152.

4.1.8. Accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche.

Le uniche convenzioni urbanistiche previste nella legislazione statale sono quelle a “valle” delle prescrizioni urbanistiche.

Tuttavia, a partire dagli anni '80 del secolo scorso ha incominciato a diffondersi un'altra tipologia di convenzioni urbanistiche, attraverso le quali le amministrazioni comunali hanno redatto i piani urbanistici contrattando direttamente con i privati.

Questa tendenza è andata affermandosi negli anni '90, ma è rimasta esclusa da un preciso riferimento normativo e da un inquadramento nel nostro sistema giuridico. Tuttavia è innegabile che nel nostro ordinamento si stia compiendo una trasformazione dell'azione amministrativa che tende sempre di più a trovare un punto di convergenza tra interessi pubblici e privati.

Se gli accordi a “monte” possono essere intesi come uno strumento di partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa, è anche vero che c'è la possibilità che vadano a ledere alcuni principi costituzionali come il principio di uguaglianza, quello della tutela della proprietà privata oltre al quello di imparzialità della pubblica amministrazione.

Come è stato osservato in dottrina¹³⁸, questo tipo di accordi si lega anche ad un fenomeno di “*regressione del principio di legalità*”. Il legislatore infatti, omettendo di legiferare in materia, lascia alle parti ammissibile discrezionalità contrattualistica, quasi al di fuori di ogni regola e garanzia.

Questo problema è stato recentemente avvertito dal legislatore stesso, nel Rapporto a Governo del 2012, “*La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*”, prontamente disilluse dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della*

¹³⁸ TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, op. cit., p. 274 e ss

corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", che ne seguì.

Facendo uno specifico riferimento agli accordi a monte, la Commissione proponeva *“l'adozione di un duplice intervento per meglio disciplinare gli accordi urbanistici: da un lato, una disciplina degli accordi urbanistici in generale, che mantenga agli accordi la loro natura pubblicistica, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, ma ne precisi caratteri e contenuti quando lo strumento è applicato alla definizione e all'attuazione di scelte urbanistiche; dall'altro, l'introduzione, in deroga all'art. 13 della legge n. 241/1990, della necessaria adozione di procedure di partecipazione al procedimento di approvazione di determinate scelte urbanistiche”*.

Ma non è stato questo il primo intervento politico in favore dell'introduzione della disciplina degli accordi a monte nel nostro ordinamento.

Basti citare il progetto di legge Mantini n. 1794/2008, denominato, *Principi fondamentali del governo del territorio*, che all'art. 8 espressamente prevedeva che *“gli enti locali possono concludere con i soggetti privati, nel rispetto del principio di pari opportunità e di partecipazione al procedimento per le intese preliminari o preparatorie dell'atto amministrativo attraverso procedure di confronto concorrenziale per gli accordi sostitutivi degli atti amministrativi, al fine di recepire negli atti di pianificazione proposte di interventi in attuazione coerente degli obiettivi strategici contenuti negli atti di pianificazione e delle dotazioni minime di cui all'articolo 9, la cui localizzazione è di competenza pubblica. L'accordo è soggetto alle medesime forme di pubblicità e partecipazione dell'atto di pianificazione che lo recepisce. Per quanto non disciplinato dalla presente legge trovano applicazione le disposizioni in materia di partecipazione al procedimento amministrativo di accordi con i*

privati e di tutela giurisdizionale di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni”.

Di ultimo va segnalato il disegno di legge di riforma della legislazione urbanistica statale recante *“Principi in materia di politiche pubbliche territoriali e di trasformazione urbana”*, licenziato dalla commissione interministeriale insediata dal Ministro delle Infrastrutture Maurizio Lupi.

Il testo intende disciplinare le compensazioni, le perequazioni circolazioni di diritti edificatori, di pianificazione territoriale d’area vasta, adeguata al nuovo ingresso istituzionale delle Città metropolitane, in materia di rinnovo urbano e di edilizia sociale residenziale pubblica e privata e, infine, di semplificazione dei titoli edilizi abilitativi.

L’art 1 del disegno di legge stabilisce, tra i principi fondamentali del governo del territorio, quello di consensualità.

L’art 15 testualmente dice che: *“sono definiti accordi urbanistici gli accordi tra parti pubbliche e private, i cui contenuti incidono sulla pianificazione territoriale, ambientale e urbanistica. Le amministrazioni pubbliche possono concludere accordi urbanistici sia nella fase di definizione che di attuazione degli strumenti di pianificazione. Gli accordi si attivano anche su istanza dei privati.*

Gli accordi urbanistici rispondono ai principi di proporzionalità, parità di trattamento, adeguata trasparenza delle condizioni dell’accordo e dei benefici pubblici e privati connessi, specifica motivazione in ordine all’interesse pubblico che li giustifica, pubblicità, concorrenza.

Le leggi regionali disciplinano gli accordi di cui al comma 1 nel rispetto dei principi indicati al medesimo comma, stabilendo il relativo procedimento di adozione e l’organo alla stessa competente, i criteri di selezione dei privati laddove vi siano, anche potenzialmente, più soggetti interessati alla conclusione dell’accordo. Gli atti di

proposta e adozione degli accordi sono soggetti alle forme di pubblicità degli strumenti urbanistici che integrano o attuano”.

L'art 16 devolve le controversie in materia di accordi urbanistici alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e prevede che possa essere utilizzato per queste controversie il rito speciale in materia di appalti ex art. 119 c.p.a..

Tuttavia gli accordi “a monte” non hanno al momento alcun riconoscimento giuridico a livello statale, con la conseguenza che per ricavare una fisionomia degli stessi occorrerà fare riferimento oltre che alle diverse esperienze regionali, anche ai principi giuridici ricavabili nell’ordinamento, con particolare riguardo all’art. 11 della L. 241 del 1990.

Ne deriva che essi possono essere conclusi esclusivamente nell’ambito di un procedimento amministrativo, pertanto senza un presupposto potere autoritativo non può esservi alcun accordo. La proposta di accordo del privato non potrà mai determinare l’avvio del procedimento pianificatorio. Esso dovrà essere già iniziato nel momento in cui il privato intervenga o mediante l’esercizio del diritto di accesso o tramite la presentazione di osservazioni.

Inoltre la pubblica amministrazione potrà ricorrere agli accordi “a monte” solo nel caso in cui siano il modo per ottenere la migliore soddisfazione possibile dell’interesse pubblico¹³⁹.

L’accordo deve servire a bilanciare al meglio l’interesse pubblico primario con l’interesse privato, senza dimenticare gli interessi dei terzi. L’amministrazione non potrà mai determinare un accordo modulato sulla soddisfazione dell’interesse privato. L’interesse pubblico urbanistico deve sempre e comunque prevalere e non potrà coincidere con il mero corrispettivo economico (in denaro o in opere pubbliche) che il privato si impegni a realizzare.

¹³⁹ Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *Cons. St.*, 1, 2002, pag. 1411: “L’accordo si deve rivelare essenziale al fine di raggiungere un equilibrio sull’assetto degli interessi altrimenti non raggiungibile per via autoritativa”.

L'accordo "a monte" delle prescrizioni urbanistiche, in altre parole, non può mai trasformarsi in un contratto a prestazioni corrispettive. Significherebbe la privatizzazione della funzione urbanistica, costituzionalmente inconcepibile e comunque non consentita neanche dalla legislazione ordinaria¹⁴⁰. Il ricorso all'accordo è legittimo solo se giustificato dalla cura dell'interesse pubblico primario e non dal più generico ed indifferenziato interesse della pubblica amministrazione ad ottenere un'utilità.

Quanto al contenuto degli accordi a "monte", sarà più ampio in caso della redazione di un nuovo piano regolatore, mentre sarà più ridotto qualora si operi nell'ambito di un procedimento di variante allo strumento urbanistico vigente. In ogni caso, l'accordo non potrà mai riguardare né le linee di indirizzo, né le scelte di fondo, né la disciplina generale del piano, limitandosi a concernere aspetti circoscritti e funzionali alla fattispecie di riferimento, cioè a quella che spinge a ricercare l'accordo. In altre parole non potrà incidere sull'ambito della potestà riservata alla pubblica amministrazione per garantire l'imparzialità della pianificazione territoriale, ma, al contrario, deve presupporre che l'amministrazione abbia già esercitato la funzione normativa.

L'accordo potrà invece contribuire alla definizione della scelta urbanistica. Un conto, infatti, è la scelta urbanistica, atto normativo e generale; un altro è la definizione di tale scelta, ossia la cernita delle attività necessarie per realizzare gli obiettivi strategici di uso e governo del territorio già definiti.

La dottrina contraria alla possibilità degli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche fa leva su due ordini di argomenti.

Il primo attiene all'assenza nella materia del governo del territorio di un principio fondamentale in base al quale sia ammissibile una

¹⁴⁰ PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati in Riv. giur. urb.*, 2008, pag 503.

pianificazione consensuale riguardante gli strumenti urbanistici generali; pertanto le leggi regionali riguardanti gli accordi “a monte” sarebbero illegittime, per violazione dell’art. 117, comma 3, della Costituzione¹⁴¹.

Il secondo riguarda l’art. 13 della l. n. 241/1990, che esclude l'applicazione della disciplina degli accordi amministrativi all’attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione.

Per chiarire se la normativa di dettaglio delle Regioni sia o meno conforme alla Costituzione occorrerà verificare se, nel panorama normativo statale sia rinvenibile un principio fondamentale tale da consentire alle Regioni la codificazione degli accordi tra i privati e le pubbliche amministrazioni con particolare riferimento alla pianificazione urbanistica generale.

Poiché non è possibile individuare nella legislazione urbanistica statale un'indicazione circa l’esistenza di un tale principio, dovremo verificare se il principio di consensualità desumibile dall’art. 11 della l. n. 241/1990 sia sufficiente a consentire la via dell'accordo anche per la definizione dei contenuti dei piani urbanistici di carattere generale. Da un primo sguardo, la disposizione dell'art. 13 comma 1 della stessa legge, negerebbe questa possibilità. Ma sulla sua interpretazione dottrina e giurisprudenza si sono divise.

Secondo un primo orientamento, dall’art. 13 discende l’inapplicabilità degli accordi *ex art. 11* all’attività della pubblica amministrazione diretta all’emanazione di atti amministrativi generali, degli atti di pianificazione e di programmazione generale.

L’accordo endoprocedimentale e quello sostitutivo, presuppongono un rapporto bilaterale tra il soggetto pubblico e quello privato, che non è possibile trovare nell’atto generale, il quale s’indirizza ad una pluralità non definibile di destinatari. Pertanto, l’art. 13 troverebbe

¹⁴¹ PAGLIARI, *op. cit.*, pag. 470.

giustificazione proprio nel principio espresso nello stesso comma 1 dell' art. 11, in base al quale gli accordi si possono concludere soltanto “*senza pregiudizio dei diritti dei terzi*”.

Analoga posizione ha assunto in più di un'occasione la giurisprudenza¹⁴², che ha operato una distinzione tra livelli generali e attuativi della pianificazione urbanistica. Più precisamente nella suddivisione degli accordi ex art. 11, tra quelli che decidono come debba essere l'assetto di una determinata area e quelli che, invece, disciplinano gli interventi per l'attuazione di tale assetto, solo questi ultimi sono senz'altro ammissibili. Si pensi, infatti, alle convenzioni di lottizzazione, che ne costituiscono il modello di riferimento. Invece, i primi restano incompatibili con l'art. 13 della L. 241/1990.

Questo atteggiamento di questa parte della dottrina e della giurisprudenza ha sollevato diverse critiche.

È stato sostenuto che l'art. 13 non istituisce alcun divieto per l'amministrazione di ammettere una partecipazione del tipo di quella prevista per i procedimenti individuali, anche per i procedimenti finalizzati all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di programmazione e di pianificazione. Più semplicemente la norma si limita ad escludere che, in questi casi, la pubblica amministrazione debba garantire livelli così elevati di partecipazione¹⁴³. Secondo questa concezione l'art. 13 non può quindi essere concepito in presenza di un principio di consensualità e di un principio di partecipazione al procedimento.

¹⁴² Cass. SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262; Cass., SS.UU., 11 agosto 1997, n. 7452; Cass., SS.UU., 25 novembre 1998, n. 11934.

¹⁴³ FIALE, *Diritto Urbanistico*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2006, pag. 66 e ss In giurisprudenza, Cons. St. Sez. V, 16 settembre 2004, n. 6014: “*Il principio di cui all'art. 7 L. 241/1990 sul procedimento amministrativo è generale e cede in presenza di principi aventi la medesima finalità ma forme diverse, previsti dalle leggi speciali; la legge statale e le leggi regionali in tema di formazione degli strumenti urbanistici prevedono strumenti di partecipazione in favore del privato più garantisti dell'art. 7 L. 241/1990*”.

L'art. 13 dà prova della consapevolezza del legislatore circa la suddivisione ordinamentale delle attività della Pubblica Amministrazione pertanto la deroga dell'art. 13 può apparire legata alla particolarità delle attività tipiche dell'ordinamento urbanistico, che le rende non immediatamente e complessivamente riconducibili all'ordinamento generale¹⁴⁴. Ma ciò non pregiudica il fatto che i principi desumibili dalla legge sul procedimento interessino anche le prime. Il legislatore della l. n. 241/1990, ha ritenuto opportuno non prevedere l'automatica applicazione degli istituti propri dell'azione amministrativa generale anche all'ordinamento urbanistico, la cui disciplina legislativa di dettaglio spetta alle Regioni. A queste ultime è richiesto di rispettare tutti i principi che secondo la legge sul procedimento presiedono alla funzione amministrativa, ivi incluso il principio di consensualità¹⁴⁵.

Dopotutto, secondo il giudice amministrativo¹⁴⁶ la l. n. 241 del 1990 “è legge generale sul procedimento amministrativo, non già nei termini di una codificazione dell'atto e del procedimento, ma piuttosto come individuazione di principi fondamentali cui la successiva normazione di rango primario e secondario deve uniformarsi”.

L'art. 29 della l. 241/1990 come modificato dalla l. 15/2005, limita l'applicazione delle norme in materia di procedimento amministrativo ai soli procedimenti che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali; mentre per le Regioni e gli Enti Locali, nei rispettivi ambiti di competenza, tali disposizioni valgono come principi vincolanti. Pertanto il principio di consensualità desumibile dall'art. 11 potrebbe senz'altro essere inteso come un

¹⁴⁴ CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, (a cura di) PUGLIESE e FERRARI, Milano, Giuffrè, 1999, p. 168.

¹⁴⁵ ID., op. cit., p. 169.

¹⁴⁶ Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105

principio fondamentale della disciplina del procedimento amministrativo, mentre lo stesso non può dirsi dell'art. 13. Infatti una deroga agli istituti della partecipazione, non può di certo essere concepita come norma di principio vincolante la potestà legislativa concorrente delle Regioni pertanto sono auspicabili limitazioni a tale deroga da parte del legislatore regionale¹⁴⁷.

Tali considerazioni trovano riconoscimento dopo la l. 18 giugno 2009, n. 69 che ha modificato l'art 29 della l. n. 241/1990.

Il nuovo comma 1 dell'art 29 dispone che le disposizioni di cui all'art. 11 non si applicano più solo alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali, ma *“a tutte le amministrazioni pubbliche”*.

Il nuovo comma 2bis, stabilisce che *“attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento”*.

Il nuovo comma 2quater dispone che *“Le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2bis e 2ter, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela”*.

Concludendo, l'art. 13 non può essere inteso come un ostacolo nell'ammettere l'applicabilità dell'art. 11 anche all'azione amministrativa diretta all'emanazione di atti di pianificazione e programmazione. E se il principio di consensualità caratterizza, senza deroghe, l'attività della pubblica amministrazione, *“va da sé che esso debba riguardare ogni occasione di esercizio del potere”*¹⁴⁸.

¹⁴⁷ ASSINI - MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 177.

¹⁴⁸ CIVITARESE MATTEUCCI, op. cit. p. 167.

4.2. Le convenzioni concessive di servizi pubblici.

La natura giuridica delle concessioni è stata a lungo discussa in dottrina, dove sono state sostenute diverse tesi che hanno attribuito alternativamente maggior rilevanza al lato pubblicistico o privatistico dell'istituto.

Dopo una prima fase, precedente all'unificazione dell'Italia, nella quale prevalsero concezioni contrattualistiche, a fine '800 prevalse la ricostruzione della concessione intesa come provvedimento unilaterale, in forza di una concezione di Stato posto in posizione di indipendenza, prevalenza e sovranità rispetto al cittadino.

In opposizione a tale inquadramento la giurisprudenza creò la figura di concessione-contratto¹⁴⁹ che servì ai privati per ottenere una tutela giuridica più forte rispetto alla ricostruzione precedente.

La dottrina successiva ha criticato la concezione dualistica e proposto la qualificazione delle concessioni come contratti di diritto pubblico¹⁵⁰.

Come osservato da Greco, il provvedimento amministrativo non sarebbe idoneo a disciplinare il rapporto concessorio, il quale richiede

¹⁴⁹ V. supra p. 10. Nella nota sentenza la Cassazione affermò: “*Considerati analiticamente solo nella loro essenza due negozi distinti, che si congiungono: il primo si attua e si realizza nell'altro, ma può anche non essere accompagnato dalla stipulazione di un contratto. All'accettazione di un concessionario, che rappresenta rispetto all'atto amministrativo il verificarsi della condizione per la quale esso consegue il suo effetto, si unisce il consenso delle due parti sopra un regolamento convenzionale della concessione per suo modo di attuarsi e di svolgersi. Questo regolamento giuridico può essere costituito dal complesso delle modalità e delle condizioni dettate dalla pubblica amministrazione, ma può senza ostacolo legale, formare obiettivo di una stipulazione o di un complesso di patti, in cui l'ente pubblico assume la figura di contraente. In questa seconda ipotesi, certamente, possono aver luogo vere e proprie violazioni contrattuali e azioni ex contractu per ripararle. Ma anche nella prima ipotesi, sia pure che non si tratti di vincolo contrattuale nella sua essenza operatosi per l'accettazione da parte della volontà individuale del concessionario sorgono obbligazioni e responsabilità, diritti e doveri giuridici, le cui violazioni possono dar luogo ad azioni giudiziali”.*

¹⁵⁰ V. supra p. 11.

la presenza di clausole che non potrebbero essere inserite senza il consenso del privato¹⁵¹.

La natura di contratto di diritto pubblico è testimoniata dalla potestà pubblica che concede alla pubblica amministrazione poteri di modifica unilaterale del rapporto, come il potere di revoca o quello di recesso. Questa potestà differenzia la concessione dai contratti di diritto privato della pubblica amministrazione, nei quali simili possibilità devono invece essere concordate con i privati.

Tuttavia, come ricordato da Greco¹⁵², gli aspetti patrimoniali dell'accordo non possono essere regolati unilateralmente e una modifica di essi, impone il riequilibrio del rapporto.

Inquadrare le concessioni di pubblici servizi nella categoria degli accordi ex art 11, l. n. 241/1990 è possibile superando due ordini di problemi.

¹⁵¹ GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 386.

¹⁵² GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 398 e ss. afferma che: “*se è pur vero che l'inesauribilità e la irrinunciabilità della funzione amministrativa, in ordine alla valutazione del pubblico interesse, può comportare un'unilaterale modifica degli impegni assunti, fino al caso limite di revoca, quel che non pare disponibile per l'amministrazione è sempre e comunque l'equilibrio sinallagmatico pattuito e , dunque, le implicazioni patrimoniali derivanti da tali vicende. Il che significa che l'equilibrio sinallagmatico costituisce, come si è accennato, un limite insuperabile persino per l'esercizio delle ulteriori potestà amministrative...Così opera, almeno ad avviso di chi scrive, nella presente materia la combinazione di norme e principi pubblicistici e privatistici. Si tratta di una combinazione che, pur salvaguardando con la massima elasticità le sopravvenute esigenze di interesse pubblico e pur implicando per ciò solo una necessaria e costante disponibilità del concessionario ad adeguare le proprie prestazioni e la propria organizzazione a tali esigenze, rinviene nell'assetto originario del rapporto un equilibrio tra le varie prestazioni, che il pur concepito dinamismo sullo svolgimento del rapporto stesso non può alterare e che, anzi, il concessionario ha il diritto a far valere, indipendentemente dalla legittimità o illegittimità delle variazioni apportate al rapporto*”.

Il primo riguarda il fatto che, nel caso delle concezioni di pubblico servizio, non risulta una preesistente pendenza di un procedimento amministrativo rispetto alla stipula del contratto. Questa è ritenuta da molti una condizione necessaria affinché si possa configurare la categoria degli accordi amministrativi ex art. 11 l. n. 241/1990, ma è opinione controversa.

Il secondo problema riguarda l'assenza, nelle concessioni di servizio, di un provvedimento amministrativo da sostituire o di cui poter determinare il contenuto attraverso un accordo integrativo.

Questo problema è stato superato grazie alla giurisprudenza¹⁵³ che ha aderito alla tesi della sussumibilità delle concessioni di servizio nella categoria degli accordi procedurali e sostitutivi.

Più prudentemente il Consiglio di Stato¹⁵⁴ nel 2000 ha qualificato queste concessioni come contratti di diritto pubblico, mentre possono essere considerati accordi ex art. 11 quando la convenzione concessoria sia affiancata da un provvedimento amministrativo.

Pertanto, in quest'ultimo caso sarà applicabile alla concessione l'intera disciplina dell'art. 11. In caso contrario saranno valide per analogia solo alcune regole degli accordi sostitutivi e integrativi.

In particolare, proprio l'applicazione dell'art. 11 non fa altro che confermare alcune regole che trovavano già applicazione nella fattispecie¹⁵⁵.

Sono applicabili solo in presenza di un provvedimento amministrativo invece le regole del comma 1 e 1bis, relativi al controllo ed alla competenza in materia di determinazione preventiva.

L'aspetto più rilevante dell'applicazione dell'art. 11 alla disciplina delle concessioni è quello del recesso, che concede all'amministrazione di agire in autotutela amministrativa.

¹⁵³ Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236.

¹⁵⁴ Cons. St., Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327.

¹⁵⁵ E sono il richiamo al pubblico interesse e necessità di forma scritta.

Per quanto riguarda la giurisdizione, l'art 5 l. n. 1034/1971 (ora art. 133. c.p.a.) ha introdotto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie tra concedente e concessionario di beni e servizi pubblici con eccezione di controversie concernenti “*indennità, canoni e altri corrispettivi*”, devolute al giudice ordinario. Ma serve chiarire i rapporti tra questa disposizione e il comma 5 dell'art. 11, l. n. 241/1990.

L'art. 11, comma 5 assorbe l'art. 5 comma 1 l.n. 1034/1971 nella previsione della giurisdizione esclusiva, ma rimane da chiarire cosa avviene relativamente al comma 2, dove sono previste le eccezioni delle controversie devolute al giudice ordinario, visto che l'art. 11 non prevede simili eccezioni.

Sulla questione è sorto un contrasto tra Cassazione¹⁵⁶ e Consiglio di Stato¹⁵⁷. Per la Cassazione la giurisdizione del giudice ordinario avrebbe carattere esclusivo e quindi prescinderebbe dalla sussistenza o meno dalla determinazione del quantum del corrispettivo, per il Consiglio di Stato il giudice ordinario sarebbe competente solo quando tale discrezionalità manchi.

4.3. Il project financing.

Un'altro ambito nel quale gli accordi tra amministrazione e privati ricoprono un ruolo molto importante è quello dei lavori e dei servizi pubblici.

Ai tradizionali procedimenti di appalto di opere pubbliche e pubbliche forniture di beni e servizi si è affiancata una forma di collaborazione tra operatori privati ed istituzionali, che la burocrazia comunitaria ha chiamato “*public-private partnership*” (P.P.P.)¹⁵⁸.

Sono riconducibili a questa categoria tutte le forme di cooperazione tra

¹⁵⁶ Cass. SS.UU., 10 dicembre 1993, n. 12164

¹⁵⁷ Cons. St., Sez. IV, 28 ottobre 1993 n. 952

¹⁵⁸ VALLERGA, op. cit., p. 153.

enti pubblici e operatori professionali che interessino sia la fase di esecuzione dell'opera o della fornitura o del servizio richiesto, sia le fasi della individuazione della soluzione tecnica migliore o dell'individuazione dei canali di finanziamento dell'iniziativa.

L'Unione Europea¹⁵⁹ ha definito il fenomeno come una forma di cooperazione tra le autorità pubbliche e le imprese per garantire il finanziamento, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio, individuando anche i tratti caratteristici di questa fattispecie che sono: la lunga durata della collaborazione; il coinvolgimento del partner privato nel finanziamento del progetto e nelle fasi di progettazione e gestione; la ripartizione dei rischi tra pubblico e privato, con trasferimento al privato dei rischi di solito spettanti all'amministrazione.

A questi tratti individuati dal “Libro Verde” vanno sicuramente aggiunti altri tratti importanti, come la possibilità per il privato di trarre un utile dall'operazione e la natura concessoria del contratto.

Il Libro Verde ha individuato due categorie di P.P.P.: quelli di tipo puramente contrattuale e quelli di tipo istituzionalizzato.

I primi sono quelli nel quale viene stipulato un contratto con un privato per la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio utilizzando i modelli dell'appalto o della concessione.

I secondi prevedono la costituzione di un ente ad hoc, dotato di personalità giuridica e un capitale misto pubblico-privato al fine della gestione di un servizio o la realizzazione di un'opera.

In Italia questo fenomeno è denominato “finanza di progetto” o “project financing”. Prima dell'entrata in vigore del d.P.R. 207/2010 riguardava unicamente i lavori pubblici, mentre adesso è possibile utilizzare questo strumento anche per la gestione di servizi.

¹⁵⁹Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. COM/2004/0327 def.

Il project financing era stato introdotto nel nostro ordinamento con la l. n. 415/1998, poi modificato con l. n. 166/2002.

La peculiarità di questo strumento è che l'attività di impulso alla realizzazione dell'opera spetta al soggetto privato e non all'amministrazione. Vengono poi coinvolti diversi soggetti: l'amministrazione con compiti di programmazione, di valutazione della proposta, affidamento della concessione e controllo della corretta esecuzione e gestione dell'opera; i promotori, che forniscono direttamente o mediante garanzia, una quota del capitale necessario per realizzare l'opera; l'aggiudicatario della concessione (che può essere anche lo stesso promotore); i realizzatori e i finanziatori.

Ma elemento fondamentale del contratto è il profilo economico e finanziario del progetto e la sua idoneità a generare utili sufficienti a compensare il costo di realizzazione.

Oggi esistono tre diverse modalità procedurali per ricorrere allo strumento del project financing. Due possono essere definite a iniziativa pubblica e una ad iniziativa privata.

4.3.1. Procedure ad iniziativa pubblica.

A norma dell'art. 153, d.lgs 163/2006, come modificato dal d.lgs 152/2008, le amministrazioni che hanno inserito nella programmazione triennale e nell'elenco annuale dei lavori pubblici la realizzazione di opere finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, può ricorrere al project financing attraverso due modalità: l'affidamento della concessione direttamente al promotore o l'affidamento della concessione a seguito di gara indetta sul progetto preliminare presentato dal promotore.

La prima ipotesi è disciplinata nei primi 14 commi dell'art. 153, d.lgs 163/2006.

In questo caso la pubblica amministrazione avvia la procedura tramite la pubblicazione di un bando, ponendo a base di gara uno studio di

fattibilità, redatto dalla stessa amministrazione e invitando gli interessati che hanno i requisiti per partecipare a fare offerte¹⁶⁰ che saranno valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ricevute le offerte, l'amministrazione redige una graduatoria e nomina promotore il primo classificato.

Il bando dovrà prevedere la facoltà per l'amministrazione di domandare al promotore di apportare eventuali modifiche al progetto preliminare che siano state ritenute necessarie in fase di approvazione del progetto senza l'accettazione delle quali, la concessione non sarà aggiudicata al suddetto promotore.

In questa procedura spetta al promotore un vero e proprio diritto potestativo a stipulare la convenzione, divenendo così concessionario dell'opera semplicemente accettando le eventuali modifiche emerse in sede di approvazione del preliminare.

In caso di non accettazione delle eventuali modifiche, l'amministrazione ha facoltà di chiedere ai successivi in graduatoria di stipulare la convenzione alle medesime condizioni offerte al promotore.

In questo caso il primo classificato ha diritto al rimborso dell'importo

¹⁶⁰Quanto ai contenuti delle offerte, l'art. 153, comma 9, prevede che le offerte devono contenere: un progetto preliminare; una bozza di convenzione; un piano economico-finanziario asseverato da una banca; la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Inoltre, ai sensi dell'art. 153, comma 13, le offerte devono essere corredate da una cauzione provvisoria in conformità all'art. 75 e da un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario è dovuta anche una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'art. 113. La mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

delle spese sopportate per la predisposizione della proposta, nell'importo presentato nel piano economico finanziario, fino al 2,5% del valore dell'investimento, desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

In alternativa al procedimento sopra esposto, il comma 15 dell'art. 153 prevede per l'amministrazione la facoltà di procedere mediante la pubblicazione di un bando (sempre ponendo alla base del medesimo uno studio di fattibilità), nei quali precisa i criteri per la scelta del promotore, specificando che la nomina di suddetto titolo non comporta l'aggiudicazione della concessione, ma comporta un diritto di prelazione in capo al soggetto promotore.

In questo caso l'amministrazione, una volta individuato il promotore (con i criteri descritti per il procedimento precedente), bandisce un'ulteriore gara che verrà aggiudicata anch'essa con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, allo scopo di individuare eventuali proposte migliorative. Se questo avviene, il promotore ha comunque la facoltà di aggiudicarsi la concessione adattando la propria offerta alla proposta migliorativa pervenuta. In questo caso, l'amministrazione rimborsa al miglior offerente (a spese del promotore) le spese sostenute per la partecipazione alla gara nella misura massima del 2,5% del valore dell'investimento desumibile dallo studio di fattibilità.

Se invece il promotore ritiene di non adeguarsi all'offerta più vantaggiosa emersa dalla gara, sarà chi ha formulato l'offerta migliore ad aggiudicarsi la concessione e l'amministrazione rimborserà il promotore (stavolta a spese dell'aggiudicatario) per le spese sostenute sempre nel limite citato pocanzi.

4.3.2.Procedura ad iniziativa privata.

L'art. 153, al comma 16, prevede, poi, una terza tipologia di procedura che viene attivata ad iniziativa dei privati in relazione ai lavori inseriti

nell'elenco annuale (con previsione del ricorso del capitale privato) per i quali le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale.

Nei quattro mesi successivi alla scadenza del termine per la pubblicazione del bando, i soggetti titolari dei requisiti per divenire concessionari possono presentare una proposta contenente “*un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito...*”¹⁶¹ potendo, a tal fine, accedere allo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione. Entro 60 giorni dalla scadenza del termine dei quattro mesi, l'amministrazione aggiudicatrice deve pubblicare un avviso contenente i criteri di valutazione delle proposte e della scelta del promotore.

Entro i 90 giorni successivi, i soggetti interessati possono formulare nuove proposte e il soggetto che ha dato inizio alla procedura può riformulare la propria proposta alla luce dei criteri emersi dall'avviso.

Entro i successivi sei mesi l'amministrazione aggiudicatrice analizza le proposte e nomina il promotore.

Una volta nominato il promotore, al fine di selezionare il concessionario, l'amministrazione può procedere in tre modi differenti.

Nel caso che il progetto preliminare contenuto nella proposta del promotore abbia necessità di essere modificato, l'amministrazione può indire un dialogo competitivo (ai sensi del comma 2 dell'art. 58 d.lgs 163/2006), ponendo a base di gara la proposta del promotore. Se alla fine del dialogo competitivo il promotore (che non ha alcun diritto di prelazione) non risulta affidatario della concessione, ha diritto alle spese sostenute in misura non superiore al 2,5% dell'investimento.

Nel caso invece il progetto preliminare non richieda modifiche, l'amministrazione può bandire una concessione (ai sensi dell'art. 143

¹⁶¹Requisiti della proposta descritti al comma 9, art. 153, d.lgs 163/2006.

d.lgs 163/2006) ponendo lo stesso progetto preliminare approvato a base di gara. Se all'esito della selezione il promotore (che anche in questo caso non ha alcun diritto di prelazione) non risulta aggiudicatario, ha diritto al rimborso delle spese sostenute nella suddetta misura massima.

In alternativa, la lettera c) del comma 16, dispone che, nel caso in cui non sia ritenuto necessario modificare il preliminare presentato dal promotore, l'amministrazione può approvare il suddetto progetto ed indire una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il detto preliminare e le relative condizioni economiche e contrattuali, allo scopo di individuare, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, eventuali proposte migliorative cui aggiudicare la concessione, fermo restando il diritto del promotore (che in questo caso ha un diritto di prelazione) di conformare la propria offerta alla proposta migliorativa ritenuta economicamente più vantaggiosa. Se il promotore decide di non esercitare il proprio diritto di prelazione, gli è attribuito il diritto al rimborso delle spese nelle misure suddette.

Infine occorre rilevare come il comma 19 dell'art. 153 abbia codificato il diritto degli operatori economici e istituzionali a presentare studi di fattibilità per lavori pubblici o di pubblica utilità che possano, in tutto o in parte, essere finanziati con capitali privati, non presenti nel programma triennale delle amministrazioni aggiudicatrici. In questa ipotesi, le amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento (pur rimanendo libere di recepirle o meno nel proprio programma triennale), e non sorge in capo al proponente alcun diritto di prelazione o di rimborso delle spese sostenute.

4.3.3. La finanza di progetto in materia di servizi pubblici.

Successivamente all'entrata in vigore del d.P.R. 207/2010 il

procedimento previsto per il project financing è stato esteso anche ai servizi pubblici.

Quindi oggi soggetti privati possono presentare proposte di servizi che la pubblica amministrazione potrebbe erogare a sé stessa o agli utenti, corredando tali proposte di uno studio di fattibilità, di una bozza di convenzione, di un piano economico finanziario asservato da banche o altri finanziatori, di una relazione descrittiva contenente la specificazione del servizio e della gestione, nonché dell'indicazione degli elementi in base ai quali la pubblica amministrazione sarà chiamata ad effettuare la valutazione delle proposte progettuali nella successiva fase in evidenza pubblica. Il proponente dovrà anche quantificare le spese sostenute per la proposta (che gli saranno rimborsate dall'affidatario del servizio qualora risulti essere un soggetto terzo rispetto a chi ha effettuato la proposta).

L'amministrazione deve valutare la proposta entro sei mesi, in base ai criteri della funzionalità e la fruibilità del servizio, l'accessibilità al pubblico, il rendimento, il costo di gestione e manutenzione, la durata della concessione, le tariffe da applicare agli utenti e verificando l'insussistenza di elementi ostativi.

Al termine di questa valutazione il proponente viene nominato promotore e l'idea da lui proposta viene posta a base di una gara nella quale i terzi possono presentare proposte migliorative al fine di aggiudicarsi la concessione, senza dimenticare che al promotore è pur sempre riconosciuto il diritto di prelazione.

CONCLUSIONI

Alla fine di questo lavoro si rendono necessarie alcune, seppur brevi, riflessioni conclusive.

L'evoluzione del pensiero giuridico attorno alla tematica del ruolo del consenso nell'azione amministrativa ha portato, con il passare del tempo, al riconoscimento formale degli accordi amministrativi con l'art. 11 della l. n. 241/1990.

Da quel momento in poi, l'utilizzo di strumenti consensuali (che hanno alimentato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale per oltre due secoli) ha avuto anche nel nostro ordinamento una base legale che ha introdotto una forma di partecipazione dei privati alle decisioni e alle valutazioni sulla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico.

Gli strumenti consensuali trovano massima applicazione nel settore urbanistico, dove maggiormente emergono conflitti di interessi pubblici, diffusi e privati; ma alla luce delle analisi compiute emerge che l'art. 11 si pone come norma generale, in grado di raccogliere nel proprio alveo oltre a tutte le convenzioni urbanistiche (sia quelle c.d. a valle che quelle c.d. a monte), anche le convenzioni concessive di servizi pubblici e il project financing.

Questo contribuisce¹⁶² a far affermare a chi scrive (con l'umiltà dello studente) che la natura giuridica più consona da attribuire agli accordi amministrativi sia quella pubblicistica.

A fondamento di questa affermazione c'è il fatto che nell'accordo, pur essendovi un'importante convergenza di poteri e interessi tra pubblico e privato, non esiste mai né il bilanciamento delle forze né la parità contrattuale dei soggetti: la pubblica amministrazione ha sempre e comunque un'posizione di supremazia in quanto portatrice

¹⁶²Se già non bastassero le elaborazioni di parte della dottrina; pronunce della giurisprudenza (anche costituzionale) e il pensiero in merito dello stesso Nigro secondo il quale “*le convenzioni appartengano pienamente al diritto pubblico*”.

dell'interesse pubblico (che non può certo essere degradato a semplice motivo dell'accordo, come ritengono i sostenitori della teoria privatistica, quando più propriamente è casua dello stesso).

L'accordo dovrà bilanciare l'interesse pubblico con quello privato (senza dimenticare peraltro gli interessi dei terzi) ma non potrà mai esistere un accordo finalizzato all'esclusivo interesse del privato e in ogni caso l'interesse pubblico dovrà sempre prevalere.

L'accordo non potrà mai prescindere dalla disciplina del potere amministrativo.

Negli accordi in questione non si realizza un mero *do ut des*. Se è pur vero che il privato nell'accordo compie la propria prestazione per ottenere da parte dell'amministrazione una decisione a lui favorevole, è pur sempre vero che l'amministrazione non emana la suddetta decisione come controprestazione, ma l'emana come atto necessario al perseguimento dell'interesse pubblico, causa dell'accordo.

La discrezionalità che la legge riconosce all'amministrazione, le concede la possibilità di stabilire quale sia il modo migliore per soddisfare l'interesse pubblico. Pertanto l'accordo amministrativo, pur essendo un importante strumento di partecipazione consensuale per i privati, rimane confinato all'interno di questo "recinto": attraverso l'accordo l'amministrazione decide le modalità per conseguire, attraverso il privato, una prestazione che soddisfa l'interesse pubblico meglio dell'azione amministrativa autoritativa.

BIBLIOGRAFIA

AICARDI N., *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, Vol. 1, 1997, p. 33.

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, Vol. III, 1938, p. 455 e ss., e ora in *Scritti giuridici, 1931-1939*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 273 e ss.

ASSINI N. - MANTINI P., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 177.

BARBIERI L., *Sopravvenuta inefficacia di piani di lottizzazione convenzionati e responsabilità dei comuni*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 395 e ss.

BARDUSCO A., *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozi di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 80 e ss.

BASSI N., *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) SANDULLI M.A., Milano, Giuffrè, 2011, p.560 e ss.

BODDA P., *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, F.lli Treves, 1937.

CAMMEO F., *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, LVI, Pisa, 1896.

CANDIAN A., GAMBARO G., *Le convenzioni urbanistiche*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 137 e ss.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, (a cura di) PUGLIESE F. e FERRARI E., Milano, Giuffrè, 1999, p. 168.

- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, p. 281 e ss.
- DE VALLES A., *Concessioni di pubblici servizi in Nuovo Dig. It.*, Torino, 1938, p. 580.
- FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984.
- FERRARA R., *Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985.
- FERRARA R., *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1993, IV ed., Vol. VIII, p. 550.
- FIALE A., *Diritto Urbanistico*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2006, pag. 66.
- FOLLIERI E., *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in CAIA G., *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e le pianificazioni di settore in Quaderni della Spisa*, Maggioli, Rimini, 2001, p. 55 e ss.
- FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, p. 412.
- FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, Cedam, 1998, p. 216.
- GALLO M., *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1936.
- GARGANO M., *Attività amministrativa e moduli consensuali: gli accordi tra P.A. e privati*, in *Giur. Merito*, 2006, vol. 12, p. 2581 e ss.
- GARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 2209.
- GIANNINI M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962.

GRAUSO P., *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, Giuffrè, p. 1 e ss.

GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli Editore, 2003, p. 11 e ss.

GRECO G., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 386.

GUICCIARDI E., *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1936.

GULLO F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965.

LEDDA F., *Il problema del contratto di diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1964, ed ora in *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002.

MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001, p.108.

MENGOLI G., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2009.

MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, Fratelli Bocca, 1879, p. 197 e ss.

MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931, cit., p. 32.

NIGRO M., *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali in convenzioni urbanistiche e tutela di rapporti tra privati*, Milano 1978 e ora in *Scritti Giuridici*, T. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1311.

NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989 p. 5 e ss. e ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 2044.

NIGRO M., *Rileggendo Giovanni Miele in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n°17, Milano, Giuffrè, 1988, p. 279.

PAGLIARI G., *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati* in *Riv. giur. urb.*, 2008, pag 503.

PIZZI A., *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime giuridico applicabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 288 e ss.

PUGLIESE F., *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione* in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1971, p.1469 e ss.

RANELLETTI O., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc.giur.*, vol. 22, 1896.

SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, vol. 3, p.431.

TRAVI A., *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, vol. 5, 2002.

URBANI P., *Pianificare per accordi*, in *RGE.*, 4, 2005, p. 177 e ss.

URBANI P., *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011, p. 152.

VALLERGA M., *Accordi ed attività consensuale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2012.

VIRGA P., *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol IX, Milano, 1961, p.979 e ss.

VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, p.140.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950.

GIURISPRUDENZA

C. Giust. UE, Sez. VI, 12 luglio 2001, causa n. 399/98

C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204

C. Cost., 20 maggio 1999, n. 179

C. Cost., 19 ottobre 1992, n. 393

Cass., SS.UU., 17 gennaio 2005, n. 732

Cass., SS.UU., 12 marzo 2001, n. 105

Cass., SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262

Cass., SS.UU., 13 novembre 2000, n. 1174

Cass., SS.UU., 1 febbraio 1999, n.8

Cass., SS.UU., 25 novembre 1998, n. 11934

Cass., SS.UU., 11 agosto 1997, n. 7452

Cass., SS.UU., 3 marzo 1994, n.2084

Cass., SS.UU., 10 dicembre 1993, n. 12164

Cass., SS.UU., 24 giugno 1992, n. 7773

Cass., Sez. I., 15 aprile 1992, n. 4572

Cass., Roma, 8 giugno 1933

Cass., Roma, 12 gennaio 1910

Cons. St., Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7

Cons. St., A. Pl., 20 luglio 2012, n. 28

Cons. St., Sez. VI, 19 maggio 2012, n. 3202

Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2011, n. 6261

Cons. St., Sez. IV, 16 febbraio 2011, n. 1014

Cons. St., Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545

Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n.6344

Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236
Cons. St., sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7955
Cons. St., Sez. V, 16 settembre 2004, n. 6014
Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105
Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3016
Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636
Cons. St., Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327
Cons. St., Sez. VI, 20 Gennaio 2000, n. 264
Cons. St., Sez. IV, 28 ottobre 1993 n. 952
Cons. St. Sez. V, 19 marzo 1991, n.300

T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 30dicembre 2011, n. 2077
T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 11 novembre 2011, n. 1074
T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428
T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4026
T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563
T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 13 luglio 2006, n. 1369
T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 15 ottobre 2002, n. 3943
T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 11 luglio 2000, n. 1627
T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I., 9 settembre 1998, n. 2104

