

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
ISTITUZIONI E MERCATI DIRITTI E TUTELE

Ciclo XXVI

Settore Concorsuale di afferenza: 12/D1 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Settore Scientifico disciplinare: IUS/10 DIRITTO AMMINISTRATIVO

**IL PRINCIPIO DI CONSENSUALITÀ E
LA TUTELA DELL'INTERESSE PUBBLICO
NEL GOVERNO DEL TERRITORIO.
UN'ANALISI COMPARATA.**

Presentata da: Dott.ssa MARZIA DE DONNO

Coordinatore Dottorato

Relatore

Chiar.mo Prof. Giulio Illuminati

Chiar.mo Prof. Luciano Vandelli

Esame finale anno 2014

«Lo status della verità intesa in senso oggettivo, come corrispondenza ai fatti, con il suo ruolo di principio regolativo, può paragonarsi a quello di una cima montuosa, normalmente avvolta fra le nuvole. Uno scalatore può, non solo avere difficoltà a raggiungerla, ma anche non accorgersene quando vi giunge, poiché può non riuscire a distinguere, nelle nuvole, fra la vetta principale e un picco secondario. Questo tuttavia non mette in discussione l'esistenza oggettiva della vetta; e se lo scalatore dice «dubito di aver raggiunto la vera vetta», egli riconosce, implicitamente, l'esistenza oggettiva di questa» (K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 1972, 388)

INDICE

<i>Introduzione</i>	9
---------------------	---

PARTE PRIMA

L'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

INTRODUZIONE ALLA PARTE PRIMA	13
-------------------------------	----

CAPITOLO I

*L'attività consensuale della P.A. in Italia.
Dalle origini agli anni '90. Evoluzione storica. Cenni*

1. Convergenze e divergenze tra provvedimento e contratto nelle prime teorizzazioni: le origini del dibattito.	14
1.1. Tra autorità e consenso.	16
1.2. Verso il governo delle leggi.	19
1.3. Scompare il contratto: la «panpubblicizzazione».	22
2. Il contratto di diritto pubblico: <i>un</i> negozio giuridico per il potere pubblico.	25
2.1. Atti complessi, atti collettivi e atti bilaterali.	27
2.2. Il contratto di diritto pubblico nelle concessioni bilaterali di U. Forti e nell'atto composto di A. De Valles.	30
2.3. La «fortuna» del contratto di diritto pubblico. Gli atti contrattuali eguali di G. Miele.	32
2.4. L'interesse pubblico come causa del contratto di diritto pubblico in P. Bodda, M.Gallo e M. Cantucci.	34
2.5. Il contributo di A. Amorth sull'attività amministrativa di diritto privato.	36
3. Le tesi negatrici. La reiezione del contratto di diritto pubblico, il ruolo della giurisprudenza e la teoria tedesca della <i>Zweistufentheorie</i> .	38
3.1. La congiunzione provvedimento-contratto in P. Virga e F. Gullo.	41
3.2. Il contratto ad oggetto pubblico di M.S. Giannini.	44
3.3. Le analisi di F. Ledda.	47
4. L'attività consensuale della Pubblica amministrazione.	48
4.1. Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione» in F.P. Pugliese.	50
4.2. Variazioni sul tema del contratto di diritto pubblico nella dottrina antecedente alla Legge sul procedimento amministrativo.	52
4.3. ...e sul contratto di diritto privato.	55
4.4. Le convenzioni pubblicistiche di G. Falcon.	58
4.5. Dalla negoziabilità del potere al regime giuridico del potere negoziato: l'art. 11 della l. n. 7 agosto 1990, n. 241.	60

CAPITOLO II

Gli accordi amministrativi tra pubblica amministrazione e privati

1. La novella del 2005. Il cammino prosegue.	65
2. La natura giuridica degli accordi tra pubblica amministrazione e privati.	67
2.1. Il dibattito nella dottrina. La tesi privatistica.	68
2.2. La tesi pubblicistica.	69
2.3. Le tesi intermedie.	72
2.4. Gli orientamenti della giurisprudenza.	74
3. Il regime giuridico degli accordi tra pubblica amministrazione e privati.	80
3.1. Le regole poste dall'art. 11.	81
3.2. Le previsioni delle leggi settoriali.	85
3.3. I principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti applicabili.	87
3.4. Le clausole dell'accordo definibili dalle parti nello scambio negoziale.	90
4. Cenni di comparazione con altri ordinamenti giuridici stranieri (<i>e rinvio alla Parte II e III</i>).	92
4.1. La Germania.	94
4.2. Gli altri Paesi.	96

CAPITOLO III

Le convenzioni urbanistiche

1. Conflittualità e consenso nel governo del territorio.	98
1.1. Ricollocazione del tema d'indagine nella materia del governo del territorio: le convenzioni urbanistiche. Concetto e natura giuridica.	101
2. Gli accordi "a valle" delle prescrizioni urbanistiche.	105
2.1. Le convenzioni di lottizzazione.	106
2.2. L'edilizia convenzionata di cui alla L. n. 10 del 1977.	108
2.3. Le convenzioni nell'edilizia residenziale pubblica.	110
2.4. Le convenzioni per gli insediamenti produttivi.	111
2.5. Le convenzioni di recupero e i Piani di recupero ad iniziativa privata.	111
2.6. I Programmi di riqualificazione urbana, i Programmi integrati di intervento, i Programmi di recupero urbano e i Contratti di quartiere.	113
2.7. Gli accordi perequativi e compensativi.	114
3. Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche: fattispecie nuova e problematica.	117
3.1. Gli accordi "a monte" nella legislazione regionale. L'art. 18 della L.r. 20 del 2000 dell'Emilia Romagna.	121
3.2. Le altre esperienze regionali: l'art. 6 della L.r. 11 del 2004 del Veneto e l'art. 11 della L.r. 11 del 2005 dell'Umbria.	124
3.3. Possibilità giuridica degli accordi "a monte" nella legislazione regionale di dettaglio (<i>e rinvio alla Parte IV</i>).	127
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ALLA PARTE PRIMA	133

PARTE SECONDA

L'ORDINAMENTO GIURIDICO FRANCESE

INTRODUZIONE ALLA PARTE SECONDA	135
---------------------------------	-----

CAPITOLO I

L'attività consensuale della P.A. in Francia.

Tra acte unilatéral, règlement et contrat. Evoluzione storica. Cenni

1. Lo sviluppo dell' <i>administration contractuelle</i> nella prassi delle amministrazioni pubbliche francesi.	136
2. L'attività consensuale della P.A. in Francia. Tra <i>contrat</i> e <i>acte unilatéral</i> .	140
2.1. <i>Contrat</i> e <i>convention</i> nella scienza privatistica e nell'originaria classificazione di L. Duguit.	141
2.2. ...e nella dottrina pubblicistica successiva.	144
2.3. La polemica di C. Eisenmann sulla distinzione tra <i>acte unilatéral</i> e <i>acte plurilatéral</i> .	147
2.4. L' <i>accord donné à un acte unilatéral</i> nelle elaborazioni del <i>Conseil d'Etat</i> : l' <i>accord comme condition</i> e l' <i>accord comme aménagement procédural d'un acte unilatéral</i> .	149
3 L'attività consensuale della P.A. in Francia: tra <i>contrat</i> e <i>règlement</i> .	153
3.1. Le diverse teorie sulla natura giuridica della <i>concession de service public</i> . La teoria dell' <i>acte mixte</i> e la teoria della natura contrattuale.	156
3.2. La teoria de la <i>double nature</i> .	159
3.3. Le <i>conventions à effets réglementaires</i> in A. de Laubadère, F. Moderne e P. Devolvé.	160
3.4. Le considerazioni sull' <i>acte mixte</i> di Y. Madiot.	162

CAPITOLO II

L'assenza di un paradigma consensuale unitario

1. L'assenza di un paradigma consensuale unitario nel diritto amministrativo francese.	166
2. Le giustificazioni teoriche sull'indisponibilità e la non negoziabilità delle potestà amministrative e la nullità delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico.	167
2.1. Il divieto di trasferire ad un terzo l'esercizio di un potere pubblico.	170
2.2. Il divieto di obbligarsi sul contenuto di una decisione futura.	171
2.3. Il divieto di sostituire l'accordo all'atto unilaterale.	173
3. « <i>L'essor du concept contractuel</i> ».	175
3.1. La fioritura delle convenzioni dopo le prime riforme sul decentramento.	175
3.2. La conferma della nullità e la riqualificazione giuridica delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico nella giurisprudenza più recente.	180
3.3. Dall'« <i>époque du tout contractuel</i> » alla « <i>banalisation du contrat</i> ».	183

CAPITOLO III

Il contrat nel diritto urbanistico francese: l'urbanisme contractuel

1. L' <i>urbanisme contractuel</i> in Francia.	185
2. La distinzione tra <i>urbanisme opérationnel</i> e <i>urbanisme réglementaire</i> .	187
2.1. Il ricorso al <i>contrat</i> nell' <i>urbanisme opérationnel</i> . La <i>concession d'aménagement urbain</i> .	191
3. Gli ostacoli giuridici all'ammissione del <i>contrat</i> nell' <i>urbanisme réglementaire</i> : « <i>l'interdiction faite à l'autorité de contracter sur l'exercice de ses pouvoirs de décision en matière d'urbanisme</i> ».	194
3.1. Verso un'apertura alle convenzioni urbanistiche? L'art. 332-11-2 del <i>Code de l'urbanisme</i> , il <i>projet partenarial urbain</i> e il <i>programme d'aménagement d'ensemble</i> .	198
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ALLA PARTE SECONDA	202

PARTE TERZA

L'ORDINAMENTO GIURIDICO SPAGNOLO

INTRODUZIONE ALLA PARTE TERZA	204
-------------------------------	-----

CAPITOLO I

L'attività consensuale della P.A. in Spagna.

Tra contratos, convenios, pactos e acuerdos. Evoluzione storica. Cenni

1. L'influenza dei modelli francese, tedesco ed italiano nella ricezione nell'ordinamento spagnolo della nozione di <i>contrato administrativo</i> .	205
2. L'attività amministrativa consensuale: dall' <i>acción concertada</i> ai <i>convenios de colaboración</i> .	209
2.1. La negoziabilità delle potestà amministrative in Spagna: tra « <i>crisis del contrato</i> » e <i>actividad administrativa convencional</i> nella dottrina moderna.	212
2.2. La posizione di E. García de Enterría e di T.R. Fernández Rodríguez.	214
2.3. Le tesi di R. Parada Vázquez, F. Garrido Falla e L. Parejo Alfonso.	215
3. Nuove giustificazioni positive e teoriche dell'attività amministrativa consensuale: l'art.88 de la <i>Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común</i> .	217
3.1. Il concetto di <i>terminación convencional del procedimiento administrativo</i> e le diverse classi di <i>acuerdo administrativo consensual</i> .	219
3.2. La questione dell'efficacia dell'art. 88 e della natura giuridica degli <i>acuerdos administrativos consensuales</i> .	221
3.3. La causa e l'oggetto degli <i>acuerdos administrativos consensuales</i> .	224
3.4. Il regime dell'invalidità degli <i>acuerdos administrativos consensuales</i> .	226

CAPITOLO II

I Convenios Urbanísticos

1. Antecedenti ed evoluzione dei <i>convenios urbanísticos</i> in Spagna. Dalla <i>Ley de Expropiación Forzosa</i> del 1863 ai <i>convenios</i> nelle tecniche di <i>alienación</i> e nei <i>Planes de ensache</i> .	227
1.1. La <i>Ley del Suelo</i> del 1956 e l' <i>urbanismo concertado</i> nelle riforme degli anni 1972-1975.	230
1.2. La generalizzazione dei <i>convenios urbanísticos</i> a margine della <i>Ley del Suelo</i> e la prima reazione della giurisprudenza.	233
1.3. Il mutato atteggiamento del <i>Tribunal Supremo</i> e nel <i>Texto Refundido de la Ley del Suelo</i> del 2008.	236
2. I <i>convenios urbanísticos</i> nella legislazione delle <i>Comunidades Autónomas</i> .	240
2.1. Il concetto di <i>convenios urbanísticos</i> .	241
2.2. Classi e oggetto dei <i>convenios urbanísticos</i> .	242
2.3. Natura e regime giuridico dei <i>convenios urbanísticos</i> .	243
2.4. Responsabilità patrimoniale dell'amministrazione per inadempimento di un <i>convenio urbanístico</i> .	246
2.5. Aspetti processuali. Impugnazione dei <i>convenios urbanísticos</i> e <i>acción pública</i> .	247

CAPITOLO III

I Convenios urbanísticos de planeamiento nella legislazione delle Comunidades Autónomas

1. I <i>convenios urbanísticos de planeamiento</i> nella legislazione autonoma.	250
2. I <i>convenios urbanísticos de planeamiento</i> in Andalusia e Aragon, nel Principado de Asturias, nelle Isole Baleari e Canarie, e in Cantabria.	251
3. I <i>convenios urbanísticos de planeamiento</i> in Castiglia-La Mancha e Castiglia y León, in Catalogna, Estremadura, Galizia e La Rioja.	257
4. I <i>convenios urbanísticos de planeamiento</i> nella Comunità di Madrid, nella Comunità Forale di Navarra, nella Comunità Valenciana, nella Regione di Murcia e nel País Basco.	263
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ALLA PARTE TERZA	268

PARTE QUARTA

ESITI DELLA COMPARAZIONE E ANALISI RICOSTRUTTIVE

CAPITOLO UNICO

Gli "accordi a monte" delle prescrizioni urbanistiche. Un possibile modello. Atto, rapporto e procedimento.

1. Premessa. Esiti della comparazione e proposizione della categoria degli accordi	
--	--

normativi per gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche.	270
2. Gli accordi normativi nel disegno di legge della Commissione Nigro.	271
2.1. Gli accordi normativi nel diritto comparato e nel diritto comunitario.	276
3. Gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche come accordi normativi. L’atto.	279
4. Gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche come accordi normativi. Il rapporto.	284
5. Gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche come accordi normativi. Il procedimento.	288

<i>Conclusioni</i>	294
--------------------	-----

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

ITALIA (PARTE I E IV)	301
FRANCIA (PARTE II)	319
SPAGNA (PARTE III)	331

GIURISPRUDENZA

ITALIA (PARTE I E IV)	340
FRANCIA (PARTE II)	342
SPAGNA (PARTE III)	344

INTRODUZIONE

Perché accostare in un binomio consensualità e tutela dell'interesse pubblico?

Il primo implica un rapporto negoziale bilaterale, o plurilaterale, ma comunque ristretto; il secondo rinvia ad una prospettiva generale, comunitaria e sociale. Sembrerebbe una contraddizione in termini, ma è una contraddizione insita nelle dinamiche del rapporto tra pubblica amministrazione e privati.

E' possibile conciliare, appianare la tensione, il conflitto, tra l'interesse individuale e l'interesse generale? Non è forse questo l'*ubi consistam* della p.a.?

Le risposte che tenteremo di dare a queste domande nel presente lavoro, partono dalla necessaria considerazione che l'amministrazione moderna appaia, oggi più che mai, come un ordinamento che assorbe in sé una rete di rapporti intersoggettivi, che accumulano istanze e pretese dialetticamente contrapposte. Il soggetto pubblico è espressione di tale sostanza conflittuale, ed è portato per necessità al suo superamento, che, seppur in modo parziale, deve avvenire mediante l'impiego degli strumenti più opportuni.

Il ricorso a moduli consensuali nell'azione amministrativa, volti ad una definizione pubblico-privata circa la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico concreto, possono allora ambire a svolgere, in taluni casi, questo ruolo.

Si assume qui la prospettiva di una conformazione consensuale dell'esercizio del potere pubblico, che, appianando il conflitto, armonizza e contempera l'interesse privato con l'interesse pubblico.

Obiettivo di questa tesi è, pertanto, quello di descrivere la funzione che il principio di consensualità può svolgere nell'azione amministrativa, funzione alla quale inevitabilmente si accompagna anche una trasformazione dei connotati sia della pubblica amministrazione che del privato.

Peculiare ambito di studio sarà quello del governo del territorio.

L'urbanistica è il settore del diritto amministrativo dove maggiormente l'azione pubblica entra in contatto con le posizioni soggettive dei singoli, caratterizzandosi, perciò, per un ineliminabile conflitto tra una pluralità di interessi, pubblici e privati, emergenti dal territorio.

Proprio nell'urbanistica, del resto, si assiste alla diffusione di nuovi moduli consensuali che, per l'involgere la stessa attività di redazione dei piani urbanistici generali, si collocano al livello più alto mai toccato dal principio di consensualità. Si tratta di un tipo di accordi, diffusi nella prassi e ancora scarsamente normati, che è invalso definire "a monte" delle prescrizioni urbanistiche, o più genericamente accordi di pianificazione.

La forza giuridica dirompente di tali innovazioni non deve, tuttavia, indurre a ritenere che mentre l'autorità e l'unilateralità rappresentino un passato di cui andare poco fieri, il consenso sia l'unico futuro possibile per la pubblica amministrazione.

Proprio queste ultime fattispecie celano infatti un *orizzonte ricco di insidie*.

Sfornite di una precisa disciplina normativa, esse si legano infatti anche ad un fenomeno di regressione del principio di legalità.

Pertanto, lungi dal voler decantare virtù assolute del consenso, o dall'ingigantire i difetti dell'autorità, ci prefiggiamo di condurre, nei limiti del possibile, un'analisi attenta e disincantata anche di questo fenomeno.

Uno spazio particolare verrà data inoltre alla comparazione con altri ordinamenti nazionali.

L'ambito della ricerca verrà circoscritto ai confini dell'Europa, con maggiore attenzione per gli Stati che hanno accolto, con differente atteggiamento, gli accordi amministrativi tra pubblica amministrazione e privato (Germania, Spagna, Portogallo, Olanda, Belgio, Austria e Polonia).

Si tratta di un considerevole numero di Paesi cui si aggiunge lo stesso ordinamento comunitario, e ai quali, tuttavia, altri se ne contrappongono, come l'Inghilterra e la Francia.

Proprio per la storica influenza che il *droit administratif* francese ha esercitato sul nostro modello amministrativo, dopo una ricostruzione dell'ordinamento giuridico italiano nella Parte I della tesi, l'intera Parte II verrà dedicata alla Francia e alle ragioni che collocano questo sistema tra quelli che rifiutano di accogliere nel diritto il principio di consensualità. E' però possibile mettere in evidenza sin d'ora, che l'assenza di una base legale per la negoziabilità del potere non equivale ad assenza di negoziazioni tra pubblico e privato.

La Parte III verrà invece dedicata all'ordinamento giuridico spagnolo.

Il "caso Spagna" fungerà da *tertium comparationis*. E la scelta non è casuale.

Per la particolarità con cui il modello spagnolo è andato progressivamente conformandosi nella tematica che qui ci interessa, esso costituisce una tanto emblematica quanto peculiare fusione tra le opposte soluzioni prodotte dalla tradizione giuridica francese, da un lato, e da quella italo-tedesca, dall'altro.

E ciò non è apprezzabile solo sul piano del diritto amministrativo generale.

Il doppio binario di comparazione che si compirà, sul piano generale del diritto amministrativo, e su quello speciale del diritto urbanistico, condurrà infatti a ravvisare una situazione legislativa e giurisprudenziale di gran lunga più avanzata proprio nella disciplina del territorio della penisola iberica.

Il riferimento va in particolare ai *convenios urbanísticos de planeamiento*, fattispecie corrispondente agli accordi di pianificazione italiani.

Lo specifico studio che a questi ultimi dedicheremo, finalizzato alla proposizione di un modello ricostruttivo alternativo nella Parte IV, ci spingerà pertanto ad acquisire il

più possibile le soluzioni offerte dal modello spagnolo, cui faranno da contraltare gli accorgimenti assunti dal modello francese.

La ravvisata inesistenza, nel nostro ordinamento, di una disciplina non solo statale, ma anche regionale, salvo alcuni casi isolati, per gli accordi di pianificazione ci stimola, infatti, a conclusione del presente lavoro, a proporre una possibile ricostruzione sia per l'atto, che per il rapporto, che per il procedimento volto alla conclusione di simili fattispecie.

La fondamentale considerazione che l'esercizio autoritativo del potere debba essere soggetto al principio di legalità, induce a ritenere che ciò tanto più valga per le occasioni di esercizio del potere pubblico secondo forme consensuali.

Di qui, la necessità, a nostro giudizio, di un modello legislativo anche per gli accordi "a monte".

PARTE PRIMA
L'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

INTRODUZIONE ALLA PARTE PRIMA

Il principio di consensualità nell'ordinamento giuridico in Italia ha radici profonde ed antiche, tanto quanto lo sono quelle del diritto amministrativo italiano.

Ma ammettere la sua esistenza e, quindi, il riconoscere la deducibilità del potere pubblico in un'obbligazione sono stati il frutto di un percorso lungo e tortuoso, che ha accompagnato nel suo farsi lo stesso diritto delle pubbliche amministrazioni.

Il principio di consensualità nell'azione amministrativa può allora essere anche inteso come una lente attraverso cui guardare il processo di evoluzione che del concetto di pubblica amministrazione è andato maturando dalle origini sino ai nostri giorni.

Riconoscere la negoziabilità delle potestà amministrative ha richiesto, infatti, di soverchiare assiomi tradizionali; ha imposto di abbandonare la concezione di una p.a. assoluta e monolitica, autoritaria ed imperativa; ha richiesto di congiungere insieme, sul confine incerto del diritto pubblico e del diritto privato, il potere amministrativo, la discrezionalità, il provvedimento, il potere negoziale, l'autonomia privata ed il contratto. E l'evoluzione si è definitivamente compiuta, nel nostro ordinamento, con la L. 7 agosto 1990, n. 241, che con il suo art. 11 ha permesso l'ingresso nel mondo delle relazioni giuridiche del principio di consensualità e dell'*amministrare per accordi*.

Nelle pagine che seguono, si tenterà di fornire una breve ricostruzione di questo lungo cammino, cercando di fissare le tappe e gli arresti più significativi. E' sufficiente infatti un più ampio riferimento al quadro dogmatico del tempo, per dissipare ogni dubbio circa il fatto che la categoria di cui discorriamo trovi pacifico ed unanime consenso nella dottrina, nella quale, effettivamente, si radicano teorie e riserve di varia natura (I).

Né di certo la *querelle* dottrinale – cui si accompagnano le pronunce del giudice amministrativo – si seda con la previsione normativa degli accordi amministrativi tra pubblica amministrazione e privati, della quale occorre tener conto anche per tratteggiare le linee essenziali del regime giuridico di questo nuovo istituto (II).

Se quindi l'art. 11 offre una regolamentazione generale per tutte le manifestazioni di consensualità aventi ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo, nondimeno la nostra attenzione verrà spostata sul settore del governo del territorio, ove è custodito il nocciolo duro del potere pubblico, quello della conformazione dei suoli e della proprietà.

Non è un caso, infatti, che proprio dove l'azione pubblica entra in maggiore contatto con le posizioni soggettive dei privati, lì gli accordi amministrativi trovano il loro campo privilegiato di elezione.

A conclusione di questa prima parte del lavoro, perciò, volgeremo lo sguardo verso la pluralità di moduli convenzionali di cui è costellata l'urbanistica in Italia, con particolare attenzione a quelli che da un decennio a questa parte è invalso appellare accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche, i quali costituiscono il punto più alto che il principio di consensualità abbia mai toccato nel nostro ordinamento (III).

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ CONSENSUALE DELLA P.A. IN ITALIA. DALLE ORIGINI AGLI ANNI '90. EVOLUZIONE STORICA. CENNI.

SOMMARIO: 1. Convergenze e divergenze tra provvedimento e contratto nelle prime teorizzazioni: le origini del dibattito. - 1.1. Tra autorità e consenso. - 1.2. Verso il governo delle leggi. - 1.3.- Scompare il contratto: la «panpubblicizzazione». 2. Il contratto di diritto pubblico: *un* negozio giuridico per il potere pubblico. - 2.1. Atti complessi, atti collettivi e atti bilaterali. - 2.2. Il contratto di diritto pubblico nelle concessioni bilaterali di U. Forti e nell'atto composto di A. De Valles. - 2.3. La «fortuna» del contratto di diritto pubblico. Gli atti contrattuali eguali di G. Miele. - 2.4. L'interesse pubblico come causa del contratto di diritto pubblico in P. Bodda, M. Gallo e M. Cantucci. - 2.5. Il contributo di A. Amorth sull'attività amministrativa di diritto privato - 3. Le tesi negatrici. La reiezione del contratto di diritto pubblico, il ruolo della giurisprudenza e la teoria tedesca della *Zweistufentheorie*. - 3.1. La congiunzione provvedimento-contratto in P. Virga e F. Gullo. - 3.2. Il contratto ad oggetto pubblico di M.S. Giannini - 3.3. Le analisi di F. Ledda. - 4. L'attività consensuale della Pubblica amministrazione. - 4.1. Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione» in F.P. Pugliese - 4.2. Variazioni sul tema del contratto di diritto pubblico nella dottrina antecedente alla Legge sul procedimento amministrativo. - 4.3. ...e sul contratto di diritto privato. - 4.4. Le convenzioni pubblicistiche di G. Falcon - 4.5. Dalla negoziabilità del potere al regime giuridico del potere negoziato: l'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241.

1. Convergenze e divergenze tra provvedimento e contratto nelle prime teorizzazioni: le origini del dibattito.

Le icone di provvedimento amministrativo e di contratto, che la dottrina pubblicistica di fine Ottocento ci ha tramandato, descrivono due universi contrapposti ed inconciliabili.

Il provvedimento amministrativo è manifestazione di autorità ed impero del potere esecutivo. Simulacro dell'agire amministrativo, strutturalmente improntato alla cura dell'interesse pubblico, esso esaurirebbe le manifestazioni di volontà della pubblica amministrazione, per natura unilaterali ed esecutorie.

Il contratto, a sua volta, appare il simbolo di un altro pianeta ordinamentale, dove domina l'interesse individuale. Manifestazione della «signoria della volontà» dei privati, esso testimonierebbe il loro ampio potere di provvedere, in pari dignità e con autonomo atto di volontà, alla definizione e regolazione dei propri rapporti patrimoniali, economici e commerciali.

Il rapporto tra pubblica Amministrazione e cittadino, pertanto, non poteva fondarsi sullo scambio consensuale. Le relazioni tra lo Stato ed il privato, o meglio tra lo Stato e i suoi sudditi, non potevano che trascendere dalla logica negoziale e dalla paritarietà contrattuale, caratterizzandosi, viceversa, per la presenza di elementi antinomici rispetto a quelli propri del diritto comune: la primazia dell'interesse pubblico, la condizione di

supremazia dell'Amministrazione, la necessaria subordinazione del privato, la struttura di assoluta disparità del rapporto.

Tuttavia, basterebbe superare queste rigide ripartizioni ottocentesche, per scoprire come, invece, il ricorso al contratto e l'amministrare per accordi furono una vera e propria costante della storia della pubblica amministrazione, difficilmente eliminabile anche dal suo passato più remoto¹. E del resto, se ciò è vero per l'Italia, lo stesso potrebbe dirsi della Germania, della Francia e della Spagna.

Ciò che si vuole evidenziare, con questo breve ma necessario *excursus*, è dunque l'assoluta essenzialità ed imprescindibilità del consenso del privato nelle relazioni con i pubblici poteri, sì che, in definitiva, saremo di necessità portati a contestualizzare quelle immagini e ricostruzioni contrapposte, facendole proprie di un'epoca storica, importante per le fondamenta del diritto amministrativo, ma, in fondo, ben circoscritta.

La dottrina che si è occupata del tema ha individuato tre distinti periodi in cui, alle origini, il rapporto tra amministrazione, provvedimento e contratto è andato sviluppandosi: una prima fase, tra il 1789 e la seconda metà dell'Ottocento, ove le relazioni contrattuali si spiegano pressoché esclusivamente alla luce del diritto privato; una seconda, ravvisabile, indicativamente, fino alla fine del XIX secolo, connotata sempre dalla predominanza del diritto civile, in cui, tuttavia, le relazioni pubblico-privato sono ispirate ai principi liberali, al nuovo modello dello Stato di diritto ed al principio di legalità. Infine, una terza fase, fino agli anni '10 del 1900, dove sull'onda della c.d. «panpubblicizzazione», emerge la specialità del diritto amministrativo, si nega in radice il contratto nell'azione amministrativa e si riconducono i rapporti p.a.-privato a costruzioni prevalentemente unilaterali².

Come già si nota, il rapporto tra provvedimento e contratto si spiega solo se si tengono a mente anche le linee conduttrici di processi evolutivi altri ed importanti del diritto amministrativo, tant'è che, in definitiva, può sostenersi che la storia del contratto della pubblica amministrazione costituisce lo snodo centrale del processo di affrancamento di tutto il diritto amministrativo dal diritto privato, e sarà sul rapporto tra questi, prima ancora che sul rapporto tra gli istituti dell'uno e gli strumenti dell'altro, che si finirà con l'indagare.

¹ Cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 483 e ss.

² Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo italiano*, Laterza, Bari, 2001, in particolare, p. 201 e ss.; B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987, in particolare, p. 27-209; S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Einaudi, 1983, in particolare, p. 34-79; ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, 1974, p. 11 e ss.

1.1. Tra autorità e consenso.

Iniziando questo cammino a ritroso nel tempo, occorre anzitutto soffermarsi proprio sul periodo storico databile, all'incirca, tra il 1789 ed il 1889, in cui il contratto della p.a. possiede una oggettiva ed innegabile centralità.

Il contratto rappresentava uno dei più importanti *modus agendi* dell'amministrazione³, mentre non ricorrevano remore di alcun genere, di ordine teorico o normativo, tali da negare la sua attitudine al perseguimento di finalità pubbliche, o, ancora, tali da destituire di ogni giuridico fondamento l'amministrazione che contratta, l'amministrazione che agisce *de gré a gré* con i cittadini.

La dottrina, unanime almeno nei primi decenni, e la giurisprudenza ritenevano, del resto, che il diritto privato fosse la sola disciplina applicabile a quegli atti dell'amministrazione che implicavano il consenso dei soggetti privati o, che, comunque, interferivano con i loro interessi. Essi non potevano che essere costruiti come atti consensuali, nella cui struttura necessariamente trovava posto la volontà della parte privata. Uno schema consensuale, quindi, veniva ricercato non solo per le concessioni, le autorizzazioni, per il rapporto di pubblico impiego, ma anche per atti quali l'espropriazione di pubblica utilità e, in generale, per quegli atti che sarebbero poi stati denominati *ablatori*⁴.

Possiamo individuare a motivazione di ciò, due spiegazioni di natura filosofica, la prima, e giuridica, la seconda.

Vogliamo qui riferirci, anzitutto, alla teoria dello Stato assoluto, costante speculativa che ancora produceva la sua persistente influenza nel periodo storico in esame, ed in base alla quale lo Stato sovrano è *legibus solutus* e libero da qualsiasi ingerenza o condizionamento esterno⁵. Ne discendeva che laddove necessitavano atti sovrani, *iure imperii*, non esistevano regole giuridiche, laddove, invece, si richiedevano atti consensuali, *iure gestionis*, si applicava il diritto comune⁶.

³ Così Romagnosi, nei suoi *Principii fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Firenze, 1832, delineando la fattispecie degli atti soggettivamente amministrativi, segnalava che «la prima classe degli atti sopra annoverati è quella dei contratti».

⁴ Ancora nelle *Instituzioni di diritto amministrativo* del 1879 di L. MEUCCI – opera alla quale si riconduce la prima trattazione unitaria e ragionata degli atti amministrativi dopo l'Unità d'Italia – tali istituti venivano concepiti come retti dal diritto civile. Così, il rapporto di pubblico impiego veniva incardinato in un contratto di mandato o di locazione d'opera (p. 197 e ss.); ugualmente, l'espropriazione di pubblica utilità veniva qualificata alla stregua di un contratto di «vendita in cui il consenso del venditore è supplito dalla legge» (p. 126). Le concessioni, invece, confluivano talvolta nella categoria dei contratti innominati, talaltra nella categoria dei contratti di diritto civile speciale, cfr. G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato*, Roma, 1931, p. 15.

⁵ «*Le Prince n'est point obligé aux Lois civiles*», commentava Pierre Cardin Le Bret, sotto l'ispirazione di Richelieu, nel suo *Traité de la Souveraineté du droit* del 1643. Cfr. P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'Etat en France. L'administration classique*, Fayard, Paris, 1992, p. 408.

⁶ In tale ultimo caso, l'Amministrazione agiva ed utilizzava gli strumenti del diritto privato come «*un particulier pouvait le faire dans l'administration de son patrimoine*». Cfr. H. BARTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif* (1857), Paris, A. Rousseau, 1908 (5 éd.), p. 20.

La seconda spiegazione si rinviene, invece, nell'istituzione del sistema del contenzioso amministrativo⁷. Il portato fondamentale della Rivoluzione francese era stata la solenne affermazione del principio di separazione dei poteri⁸; ne era conseguito un forte processo di concentrazione dei medesimi, ed in particolare di quello esecutivo, sì che si era soliti affermare «*administrer doit être le fait d'un seul homme*»⁹.

L'abolizione degli apparati cetuali e delle corporazioni, dei privilegi di province, principati, municipalità a favore di una più regolare geometria territoriale; la nascita del Prefetto napoleonico e il dissolvimento degli Intendenti d'antico regime, avevano fatto sì che il vuoto istituzionale, provocato proprio dalla Rivoluzione, venisse riempito dai nuovi apparati amministrativi.

L'amministrazione era stata ormai riconosciuta potere dello Stato; rivendicava autonomia e libertà ed esigeva di mantenere intatti i connotati sovrani così acquisiti¹⁰. Tutto ciò si ripercuoteva sulla necessità di dover sottrarre le controversie tra amministrazione e cittadini al giudice di diritto comune. L'ammettere una decisione giudiziaria sugli atti dell'autorità amministrativa avrebbe pregiudicato la statualità di cui essa era portatrice, che dinanzi ad un giudice ordinario sarebbe rimasta svilita e trattata alla stregua di una qualsiasi parte privata.

Così, il principio francese dell'*Etat débiteur*, secondo cui l'accertamento di un diritto di credito nei confronti dell'amministrazione non poteva in alcun modo essere devoluto alla cognizione del giudice ordinario, ma doveva essere regolato per via amministrativa¹¹, finiva con l'assumere valenza capitale anche in Italia¹².

⁷ Nella Francia napoleonica, esso era imperniato sul Consiglio di Stato e sul Consiglio di Prefettura, istituiti nell'anno VIII, con la legge 28 piovoso, che solo progressivamente acquisirono funzioni giudiziarie. In Italia, il contenzioso amministrativo fu istituito nel Regno di Sardegna con le *Regie Patenti del 25 agosto* e del *31 dicembre 1847*, ben presto modificate con il *Regio Editto del 29 ottobre 1847*, cfr. S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, op. cit., p. 34-39 e p. 44-45; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 2010, Milano, Giuffrè, p. 10 e ss. Cfr. altresì, G. LOMBARDI, *Il Consiglio di Stato nel quadro istituzionale della restaurazione*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 63 e ss.; L. RAVA, *Il Consiglio di Stato nel Regno italico e l'opera di Napoleone I*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, Vol. I, Roma, 1032, p. 165 e ss.; S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1977.

⁸ Enunciato nell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino, Parigi, 26 agosto 1789: «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione».

⁹ Così Roederer davanti al Corpo legislativo, Ap. 18 piovoso a. VIII, 2ème s-érie, cit. in L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, op. cit., p. 247.

¹⁰ «*L'Administration a besoin d'air et d'espace; la liberté est sa vie*» affermava Vivien nel 1852. E questa libertà, da un lato, sembrava incompatibile con la soggezione dell'Amministrazione ai tribunali ordinari, e, dall'altro, doveva essere garantita anche all'Amministrazione che contratta. Cfr. A.F. VIVIEN, *Etudes administratives*, Paris, 1952, I, p. 12 e ss.

¹¹ Si rinviene nell'*arrêt* direttoriale del 2 germinale anno V l'enunciazione della regola dell'*Etat débiteur*. La sentenza traeva origine da una controversia sorgente da un diritto di credito di un soggetto privato, per alcuni servizi di trasporto resi a favore dello Stato francese. Successivamente, l'art. 13 della L. 16-24 agosto 1790 positivizzò il principio, per cui era fatto divieto al giudice di «*troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs*». Vd. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto*, op. cit., p. 490.

Una volta sancita la linea di confine tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*, e sottoposti questi ultimi al diritto comune, il privilegio per l'amministrazione si traduceva, dunque, in un privilegio di giurisdizione¹³. Protetto, per tale via, il potere esecutivo dalle invasioni del potere giudiziario, sia che il cittadino pretendesse un'indennità a seguito di un procedimento espropriativo, sia che chiedesse all'amministrazione l'adempimento delle obbligazioni derivanti da un contratto, l'attribuzione della competenza non cambiava, ma restava saldamente nell'autorità amministrativa¹⁴.

Il contenzioso amministrativo finiva, così, con l'abbracciare la materia tributaria, quella elettorale, il debito pubblico, le pensioni, e, non da ultimo, le lesioni di diritti soggettivi in materia contrattuale. Ma, se la Francia, già nella prima metà dell'Ottocento, iniziava a rilasciare al giudice ordinario una serie rilevante di relazioni meramente privatistiche¹⁵ e, da questo momento atto amministrativo e contratto iniziano ad essere categorie sempre più distinte e alternative¹⁶; in Italia, i rapporti contrattuali dell'amministrazione continuavano a rimanere nell'area coperta dal contenzioso amministrativo¹⁷.

In questo primo periodo, dunque, è la tematica del riparto a polarizzare l'attenzione dei giuristi; non esiste, o meglio, non rileva alcuna contrapposizione tra diverse tipologie, pubblicistiche e privatistiche, provvedimentali e convenzionali, autoritarie e consensuali dell'attività amministrativa. Questa alternanza non conosce ancora quella conflittualità che sarà dell'avvenire. Ciò che importa è che l'amministrazione, sia che si

¹² Commentava, in proposito, Romagnosi «tutte le operazioni che si eseguono per ordine del Governo dai suoi agenti immediati, sotto sua sorveglianza e con i fondi forniti dal tesoro pubblico » sono «affari amministrativi» e come tali essi venivano sottratti alla competenza dei tribunali ordinari. Cfr. G. D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, op. cit., p. 9.

¹³ Privilegio che può anche efficacemente riassumersi nel divieto per il giudice ordinario di «*connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peins de droit*», contenuto nell'articolo unico del decreto del 16 fruttidoro dell'anno III. Cfr., sul punto, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, CEDAM, 2010, p. 13-14.

¹⁴ Una distinzione tra atti d'impero e di gestione, ai fini del riparto di giurisdizione, non si rinviene, invece, in Germania. Cfr. M. FROMONT, *La répartition des compétences entre les tribunaux administratifs en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 6 e p. 157 e ss.

¹⁵ Cfr. J.M. AUBY, R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, I, p.302. Si veda altresì J.CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970.

¹⁶ L'operazione fu tendenzialmente agevole per il giudice d'oltralpe, andandosi ormai a definire un nucleo di contratti "*administratifs*", *par leur nature ou par détermination de la loi*, che, in quanto tali, venivano comunque sottratti alla cognizione del giudice ordinario. Cfr. DE LAUBADERE, A., MODERNE, F., DEVOLVE, P. *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1983.

¹⁷ Si veda, per esempio, la *Legge napoletana del 21 marzo 1817* sul contenzioso amministrativo che riconosceva la competenza a giudicare sull'esecuzione, la validità e l'interpretazione di *tutti* i contratti stipulati dall'amministrazione pubblica. Cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio*, op.cit., p. 493 e C. GHISALBERTI, *Per la storia del contenzioso amministrativo nel regno meridionale*, in *Contributi alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Milano, Giuffrè. 1963, p. 63 e ss.

ponga da pari con i cittadini, sia che agisca nei confronti di questi come un «*legislateur au petit pied*»¹⁸, venga in ogni modo sottratta al giudizio del giudice ordinario.

Ne conseguiva che fattispecie consensuali e manifestazioni imperative confluivano senza contraddizioni ed ostacoli alcuni nella categoria unitaria dell'«atto soggettivamente amministrativo». Non c'era stato, infatti, alcun rifiuto delle fattispecie contrattuali, quando la prima scienza del diritto amministrativo, Merlin in Francia¹⁹ e Romagnosi in Italia²⁰, iniziarono ad elaborare il nuovo concetto di atto amministrativo e le prime categorie necessarie a definirne la portata²¹.

Sembrerebbe quasi paradossale, dunque, se si guarda alla storia con gli occhi di oggi, che neppure in un momento di piena ed assoluta valorizzazione del potere pubblico, quale fu quello rivoluzionario-napoleonico, l'amministrazione si privò del contratto²².

1.2. Verso il governo delle leggi.

Ma a stimolare uno sviluppo nella teoria dell'atto amministrativo si rivelarono ben presto determinati, soprattutto in Italia, da un lato, le nuove norme sulla giustizia amministrativa e, dall'altro, l'influenza esercitata dal nuovo modello dello Stato di diritto.

Il contenzioso amministrativo rappresentava, ormai, il simbolo di un dispotismo che, violando i principi di uguaglianza, di terzietà ed imparzialità del giudice, aveva trasformato il principio rivoluzionario di separazione tra i poteri dello Stato in una surrettizia sottrazione delle controversie, in cui era parte il soggetto pubblico, alla cognizione del giudice ordinario²³. Così, il contenzioso amministrativo, stigmatizzato come «l'arme di guerra dei tempi eccezionali della Rivoluzione francese», e rifiutato perché «maschera di giustizia compiacente al potere» e «strumento di dispotismo»²⁴, veniva abolito con l'art. 1 della Legge n. 2248 del 20 marzo 1865, Allegato E²⁵.

¹⁸ Così Achille Léon Victor duc De Broglie nella nota recensione *De la juridiction administrative*, in *Revue française*, 1828, n. VI, p. 67, all'opera di L. A. MACAREL, *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, Roret, 1828.

¹⁹ E' *acte administratif* «un arrêté, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait d'un administrateur, qui a rapport à ses fonctions». Cfr. PH. A. MERLIN, *Questions de droit*, Bruxelles, 1825, *Acte administratif, ad vocem*, I, p. 148 e ss.; ID., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4 éd., Paris, 1812, I, p. 72 e ss.

²⁰ Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Principii fondamentali di diritto amministrativo, op. cit.*, p. 181 (v. *supra* note 3 e 12).

²¹ Sotto l'influsso del principio di separazione dei poteri, la primissima dottrina amministrativa pervenne, infatti, ad una definizione di atto amministrativo sulla scorta di un criterio eminentemente soggettivo, ravvisandolo in ogni atto che fosse promanazione del potere esecutivo. Cfr. M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo, ad vocem*, in *Enc. giur.*, IV, 1959, p. 159 e ss.

²² B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto, op. cit.*, p. 494.

²³ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo italiano, op. cit.*, p. 323 e ss..

²⁴ Le espressioni sono parte del discorso tenuto in Parlamento da Pasquale Stanislao Mancini il 9 giugno 1864, e riportate da A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberali*. Torino, 1904, p.329-368.

²⁵ «I Tribunali speciali attualmente investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo, tanto in materia civile, quanto in materia penale, sono aboliti e le controversie ad essi attribuite dalle diverse leggi

L'atto amministrativo finiva col costituire, secondo il successivo art. 4, il limite alla cognizione del giudice ordinario²⁶. E se, in tal modo, venivano poste tutte le premesse per la futura «sacralizzazione» dell'atto dell'autorità amministrativa²⁷, dall'altro, il legislatore dell'unificazione iniziò a devolvere alla competenza del giudice ordinario il complesso tradizionale di controversie in materia di contratti della pubblica amministrazione (appalti e forniture), che la Legge Rattazzi del 1859²⁸ ancora assegnava al giudice del contenzioso²⁹.

Così, quindi, proprio mentre quella sacralizzazione avrebbe, di lì a poco, indotto la scienza amministrativa a ricercare atti unilaterali anche in quelle vicende che fino a quel momento erano state lette come contrattuali, il riconoscimento di nuovi spazi di cognizione del giudice ordinario spingeva verso l'utilizzazione di schemi privatistici nell'ambito delle relazioni contrattuali pubblico-private, che non potevano, quindi, che veder confermata la propria matrice codicistica e la loro piena appartenenza al diritto privato.

La forza del Codice civile e la pregnanza del diritto comune avevano permeato talmente tanto le coscienze giuridiche italiane, che anche quando si riconducevano i rapporti tra amministrazione e privato nell'alveo del contratto, era pur sempre al negozio retto dalle norme codicistiche che, in questa fase, si finiva col fare riferimento³⁰.

in vigore saranno d'ora in poi devolute alla giurisdizione ordinaria o all'autorità amministrativa, secondo le norme dichiarate dalla presente legge.» Con l'art. 2, pertanto, si devolvevano alla giurisdizione ordinaria «tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un *diritto civile o politico*, comunque vi possa essere interessata la Pubblica Amministrazione»; l'art. 3, invece, attribuiva all'autorità amministrativa «*gli affari non compresi nell'articolo precedente*».

²⁶ La norma, come noto, dispone che «quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un *atto* dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso».

²⁷ L'espressione è usata da F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, ora in *Scritti giuridici*, IV, Vita e Pensiero, Milano, 2006, p. 3226. In questa fase, infatti, il criterio distintivo tra atti d'imperio e atti di gestione fu utilizzato per sottrarre i primi alla cognizione del giudice ordinario. Essi venivano intesi come quelle manifestazioni di supremazia ed autorità, come il frutto di scelte riservate all'amministrazione, nelle quali erano già *in nuce* i concetti di imperatività del provvedimento e di discrezionalità amministrativa. Cfr. B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, *op. cit.*, p. 38 e ss..

²⁸ Legge n. 3702 del 23 Ottobre 1859.

²⁹ Salvo precisare che è proprio questo il momento in cui si affaccia nelle trattazioni dogmatiche la distinzione tra la fase *lato sensu* dell'evidenza pubblica e quella di esecuzione della vicenda contrattuale, che permetteva di mantenere ampi spazi del rapporto nella competenza dell'autorità amministrativa. Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, II, Firenze, 1882, p. 680 e p. 521 e ss. per l'analoga distinzione tra momenti pubblicistici e momenti contrattuali nelle concessioni.

³⁰ F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 1964, ed ora in *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova, 2002, p. 20-21.

Anche nelle trattazioni degli autori che più subivano l'influenza francese³¹, si era ben lontani, infatti, dal pensare che il diritto pubblico italiano possedesse, sull'esempio del *contrat administratif*, un proprio ed esclusivo modello contrattuale³². Le norme di diritto pubblico operavano, al più, solo come disposizioni eccezionali e derogatorie³³.

Del resto già sul finire del '700 e per tutto l'800 divennero imperanti, nella filosofia politica e nelle esperienze dei nuovi Stati costituzionali, gli assiomi dell'individualismo e del liberismo, dello Stato di diritto e delle leggi di libertà.

Lo stesso diritto privato era chiamato a svolgere la nuova funzione di spazio giuridico nel quale l'individuo si rifugiava contro le usurpazioni di un potere pubblico, visto sempre più come un «potenziale avversario».

La società era ormai contrapposta allo Stato, e la libertà civile, ossia il «godimento pacifico dell'indipendenza individuale», dominava la scena³⁴. Era questo, dunque, anche il tempo delle garanzie giuridiche da riconoscersi all'individuo, in cui la legge veniva sentita come manifestazione *formale* e neutrale della autorità dello Stato. Alla libertà politica si sostituiva la libertà civile; all'idea che garanzie per il cittadino potessero dipendere solo dal riconoscimento dei diritti politici e dalla partecipazione diretta o indiretta all'esercizio della sovranità statale, la consapevolezza che esse potessero derivare solo dal diritto, dalla legge dello Stato e dal controllo giurisdizionale del potere pubblico³⁵.

La soggezione dell'attività statale alla legge veniva allora intesa e misurata come osservanza delle forme giuridiche, che divenivano contestualmente protezione dallo Stato e limitazione delle sue potestà.

Nell'idealtipo dello Stato di diritto, del *Rechtsstaat* e dell'*Etat de droit*, la legge e il diritto piegavano l'arbitrio del potere a garanzia della libertà del singolo, divenivano

³¹ Cfr. G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, op. cit., 487 e ss; 508 e ss.; G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, Firenze, 1889, p. 376; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1982, p. 182 e ss..

³² Così il rapporto contrattuale tra l'amministrazione municipale e il dipendente pubblico continuava ad essere attratto nell'ambito del diritto comune, alla stregua di un contratto di locazione d'opera. Cfr., in giurisprudenza, App. Lucca, 6 lug. 1876, in *Ann. Giur. It.*, 1876, III, p. 425; Cass. Roma, 3 dic. 1881, in *Legge*, 1882, I, p. 806; mentre la vicenda espropriativa continuava ad essere assimilata al contratto di vendita, vd. App. Bologna, 23 dic. 1882, in *Legge* 1883, II, p. 596; Cass. Roma, 1 mag.1883, in *Legge*, 118, II,p. 2; e ancora, App. Ancona, 3 apr.1889,in *Ann. Giur.it.*, 1889, III, p. 139; Cass. Roma,15 maggio 1889, in *Foro It.*, 1889,I; Cass. Roma, 1 apr.1876, in *Ann. Giur.it.*, 1876, I, p. 265; App. Firenze, 15 febbraio 1887, in *Ann. Giur.it.*, 1887, III, p. 114. Su questi aspetti v. *funditus* M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981, p. 8 e ss..

³³ V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, p. 91 e ss..

³⁴ B. CONSTANT, *De l'Esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne* (1814), trad.it. *Conquista e usurpazione*, a cura di C. Dionisotti, Torino, 1983, p. 82.

³⁵ La stessa legge veniva quindi intesa «quale strumento di autogoverno della collettività e quindi supremo mezzo di tutela della libertà, perché ogni limitazione stabilita per legge si traduce in una sorta di autolimitazione indirettamente consentita dagli stessi interessati per mezzo dei loro rappresentanti, politicamente responsabili nei confronti dell'elettorato». Così V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970, II.

scudo tra il forte ed il debole³⁶, mentre il principio di legalità esige forme giuridiche anche per l'azione amministrativa: «ecco quel che perfeziona l'immagine dello Stato di diritto, la grande idea di un'amministrazione in forme giustiziabili»³⁷.

1.3. Scompare il contratto: la «panpubblicizzazione».

Fu così che, anche in Italia, la riconsiderazione della tematica che qui ci interessa più da vicino, avvenne proprio in seguito alla Legge n. 5992 del 31 marzo 1889, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, che, infatti, «servì...a dare soddisfazione alla corrente politica più liberale»³⁸.

I problemi di riparto divennero allora impellenti³⁹ e coinvolsero tutti gli istituti di confine tra diritto pubblico e diritto privato.

Mutarono profondamente i punti di riferimento.

Fino a quel momento le leggi amministrative derogavano o correggevano gli istituti del diritto civile, salvaguardando la specialità del soggetto titolare del potere pubblico. A partire da questo momento, invece, la radice pubblicistica dello statuto giuridico dell'amministrazione iniziava a penetrare saldamente nel terreno dei rapporti con il privato.

Si metteva, così, in discussione la natura universale ed onnivalente del diritto comune, mentre il territorio del diritto amministrativo, sotto il forte influsso del modello tedesco, veniva nuovamente descritto come un grande rapporto di sudditanza⁴⁰.

³⁶ Secondo il noto elogio delle forme compiuto da Alexis de Toqueville a proposito della Costituzione nordamericana, in *De la démocratie en Amérique*, trad. italiana a cura di G. CANDELORO, Milano, Giuffrè, 1998.

³⁷ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 2, 1895/96, citato da P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 31 e ss..

³⁸ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, op. cit., p. 3223 e ss. L'A. precisa comunque che accanto all'animo liberale, nella legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, v'era altresì «quell'altra corrente che difendeva i diritti dell'amministrazione nell'ambito, come si disse, «dell'ordine voluto in un governo costituzionale dal principio della individuazione dei poteri», cioè dalla separazione e indipendenza dei poteri giudiziario e amministrativo» (p. 3225).

³⁹ Una ricostruzione storica sui problemi del riparto di giurisdizione è presente in M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, p. 522 e ss., e ora in *Scritti*, Volume V (Scritti 1963-1969), Giuffrè, Milano, 2004, p. 225 e ss. Si veda altresì M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, 1970; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1964; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Editrice Italcia, Pescara, 1979 e più di recente, ID., *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, p. 436 e ss.; F. G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1989, p. 549 e ss.; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 47 e ss.

⁴⁰ Il rinvio al criterio della *Subjektionstheorie* è d'obbligo. Esso fu ampiamente adottato dalla dottrina tedesca per spiegare la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e venne riutilizzato da Cammeo per definire i rapporti di diritto pubblico come quelli «nei quali lo Stato appare come Sovrano». Cfr. F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. (Contratto di diritto pubblico)*, in *Giur. It.*, 1900, parte IV, col. 2.

Prendevano inevitabilmente piede le teorie di Mayer, il quale disconosceva ogni invasione degli strumenti del diritto privato nella sfera pubblica, e, guardando invece con interesse alle emergenti costruzioni francesi sull'*acte administratif*, tratteggiava i contorni dell'atto amministrativo su sottomissione, *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, sia per il rapporto di pubblico impiego, *Beamtenannstellung*, che per la concessione di cittadinanza, *Naturalisation*⁴¹.

D'altra parte si cominciava a ritenere l'amministrazione titolare di poteri unilaterali previsti dalla legge, da esercitare senza bisogno del consenso dei destinatari dei provvedimenti, secondo una parziale riviviscenza di quella teoria della coazione⁴², che impediva di concepire uno Stato sovrano che agisse per contratto⁴³.

La specialità del diritto amministrativo non si ricavava più, dunque, soltanto nelle questioni del riparto di giurisdizione, ma veniva ricercata anzitutto sul terreno delle costruzioni dogmatiche della volontà amministrativa.

Fu così che sotto l'effetto dell'ondata della «pan-pubblicizzazione»⁴⁴, dottrina e giurisprudenza trasferirono nel diritto speciale dell'amministrazione fattispecie come le concessioni, sia di beni che di servizi, le autorizzazioni, gli atti costitutivi del rapporto di pubblico impiego e gli atti ablatori, che, fino ad allora erano stati spiegati con il diritto civile e lo strumento contrattuale⁴⁵.

Poco alla volta le costruzioni dei differenti rapporti amministrativi vennero scomposte e disgiunte, separando le due manifestazioni di volontà dell'amministrazione e del privato, come se fossero refrattarie le une alle altre⁴⁶.

⁴¹ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, München und Leipzig, 1917, p. 100 e ss.

⁴² La teoria della coazione, sorta in Germania nel contesto dello Stato assoluto, ravvisava nella prestazioni del singolo a favore dello Stato l'essenza di obblighi fondamentali, ad esso imputabili in quanto rientranti nel suo *status* di suddito. Cfr. F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 13 e ss.

⁴³ Si faceva strada l'idea dell'esistenza di un nesso necessario ed imprescindibile tra atto amministrativo unilaterale ed imperativo ed interesse pubblico, sulla base dell'antica distinzione romanistica – riconducibile ad Ulpiano – tra *ius publicum* e *ius privatum*, incentrata sul criterio discrezionale dell'*utilitas singulorum*. Ne discendeva che il diritto privato concerne l'interesse individuale e copre l'area in cui domina il contratto, mentre il diritto pubblico riguarda l'interesse pubblico, ovvero l'interesse di una pluralità di soggetti, «considerata come unità che trascende i singoli componenti in una superiore sintesi», e alla cui cura è preposto l'atto amministrativo unilaterale. Cfr. S. PUGLIATTI, *ad vocem Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.* XII, 1964.

⁴⁴ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit., p. 49.

⁴⁵ E' proprio in questo contesto che F. Cammeo ebbe modo di affermare: «ripugna al tradizionale senso comune giuridico concepire come contrattuali» atti come «le autorizzazioni, le concessioni le ammissioni in istituti pubblici, la nomina di impiegati pubblici», cfr. F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in *Arch. Giur.*, 1896, pag. 7.

⁴⁶ Così, la manifestazione di volontà dell'individuo veniva qualificata alla stregua di una condizione di efficacia degli atti dell'amministrazione, come nel caso dell'acquisto della cittadinanza, dell'ammissione in pubblici istituti di beneficenza o di sanità, dell'atto di nomina del pubblico impiegato. F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, op. cit., col. 6. Nel caso delle concessioni e delle autorizzazioni, invece, la dichiarazione volitiva del privato veniva qualificata alla stregua di negozio giuridico unilaterale di diritto privato, che diveniva irrevocabile quando accettato dall'amministrazione. Così, O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, Parte IV, col. 11. L'A. si premurava di precisare che l'atto di accettazione dell'amministrazione, in quanto diretto alla cura dell'interesse pubblico era da intendersi quale atto unilaterale d'imperio. Ne

E' questo il momento di massima distanza tra il diritto pubblico ed il diritto privato, secondo una contrapposizione che nella dottrina italiana non aveva mai avuto precedenti, né avrà avuto in futuro repliche.

Il contratto, strumento del tutto usuale per l'amministrazione ottocentesca, arretrava repentinamente, criticato e marginalizzato nelle elaborazioni dogmatiche, perché incompatibile con l'esercizio del potere amministrativo e con la natura pubblica del bene o dell'attività⁴⁷.

Caduto nell'oblio il vecchio atto soggettivamente amministrativo, il negozio cedeva di fronte al provvedimento, che non poteva che essere unilaterale, in quanto atto tipico dell'azione amministrativa, sintesi di quella autorità e di quella sovranità di cui l'amministrazione pareva ormai essere fortemente gelosa.

Come si ebbe a notare, infatti, fu proprio «il successivo indurimento dell'amalgama tra politicITÀ e diritto» a condurre «altrettanto naturalmente a rifiutare che le cose interessanti lo Stato fossero trattabili come ogni altro oggetto o interesse, e che si dovesse, invece, ripiegare su formule o vocaboli o concetti che meglio rispondessero alla progressiva sacralizzazione del potere statale. Quanto più questo è legittimo e si svolge secondo il canone fondamentale della legalità, tanto più esso esaurisce in se stesso ogni possibile bisogno o esigenza di definire i suoi passi, concertando con gli altri la strada da percorrere. Tutto è previsto per definizione, e nulla può essere lasciato alla casualità oppure anche alla razionalità, però dagli esiti incerti, della contrattazione. Poco alla volta il pur necessario consenso del privato viene sussunto nella fattispecie del potere predefinito, come se tale consenso fosse per principio attratto irresistibilmente in una sfera o in una casella per esso già predisposta»⁴⁸. E fu così naturale per chi muoveva le proprie indagini a far data dall'Unificazione, leggere le vicende e gli sviluppi successivi all'insegna di un'estesa pubblicizzazione dei rapporti e degli istituti della pubblica amministrazione.

discendeva che le due dichiarazioni di volontà, del privato e dell'amministrazione, restavano autonome ed indipendenti, senza produrre un contratto. La completa sistematizzazione in senso pubblicistico di tutti questi istituti è rinvenibile nell'opera di S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, nella versione del 1901, Milano, Società editrice libraria. L'. A vi riconduce anche i rapporti giuridici attinenti ai servizi postali, telegrafici, ferroviari. Per l'espropriazione, invece, veniva definitivamente rifiutata la costruzione del contratto, o, in alternativa, del quasi contratto e del quasi delitto.

⁴⁷ Anche la diversa natura giuridica dello Stato e del cittadino ostava, del resto, alla giuridica possibilità di un contratto. «Non può darsi contratto fra Stato e cittadino, perché la volontà del primo è sovrana e imperante, quella dell'altro suddita e passiva», sosteneva F. CAMMEO, in *La volontà individuale, op. cit.*, col.7.

⁴⁸ G. BERTI, *Il principio contrattuale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Vol. II., Milano Giuffrè Editore, 1988, p. 50.

2. Il contratto di diritto pubblico: *un negozio giuridico per il potere pubblico.*

Non tutto fu, però, riconducibile sotto il cappello del diritto pubblico.

La dottrina di fine Ottocento operò nel senso di un'espansione del provvedimento amministrativo e dei momenti pubblicistici a discapito del contratto e del diritto privato, ma ben presto si dovette scontrare con una realtà amministrativa sempre più contrattuale e, dunque, con la necessità di dover reintrodurre, nei rigidi paradigmi delineati, quegli elementi consensuali troppo sbrigativamente rimossi.

L'età giolittiana conobbe, infatti, un lungo e sempre più corposo elenco di attività economiche, in cui rimanevano centrali le relazioni contrattuali della p.a.: espungere il contratto dal campo dell'azione amministrativa costituiva una poco avveduta forzatura dogmatica⁴⁹.

E' in tale contesto, anche sulla scorta della disputa presente nella giuspubblicistica tedesca, che si contrapposero vivacemente le tesi contrarie e quelle a favore della figura del contratto di diritto pubblico.

In questa fase, tuttavia, le ricostruzioni dottrinali erano volte a verificare in che modo e in che misura potesse rilevare la volontà del privato, e come essa potesse trovare nuovamente collocazione in tutte quelle ipotesi in cui la sola manifestazione unilaterale di autorità si dimostrava insufficiente a fondare il rapporto.

Così, a differenza del dibattito che si sviluppò, a partire dagli anni '50 proprio sulla scorta di queste premesse teoriche, il problema dogmatico non veniva posto in termini di sostituibilità dell'atto unilaterale con un atto consensuale, ma era dato dall'impellenza dogmatica di dover dare sistemazione a fattispecie in cui non era più possibile considerare ininfluenza la dichiarazione di volontà del privato, nell'instaurazione del rapporto amministrativo⁵⁰.

Fu questo, del resto, un aspetto cruciale per tutta la dottrina amministrativa europea del tempo. E' possibile ritenere, infatti, che è proprio dagli esiti cui porterà questo dibattito, che dipenderà l'accoglimento nei distinti ordinamenti nazionali della figura degli accordi amministrativi, integrativi o sostitutivi del provvedimento⁵¹.

Com'è noto, un'apertura verso i rapporti contrattuali nella sfera pubblicistica si registrò in Germania a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, periodo in cui vennero avviate le prime elaborazioni sulla figura da Laband⁵² e da Jellinek⁵³.

E' nel Jellinek che si ravvisa la prima distinzione concettuale tra *Vereinbarung* e *Vertrag*, accordo e contratto, che, nel loro insieme, esaurivano le ipotesi di atti bilaterali

⁴⁹ Cfr. B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo italiano*, op. cit., p. 389 e ss.

⁵⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 34.

⁵¹ Per il dibattito che si sviluppò in Francia in quei medesimi anni, e in Spagna a partire dagli anni '40-'50 del secolo scorso, si rinvia rispettivamente al capitolo I della Parte II e al capitolo I della Parte III del lavoro.

⁵² P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, V ed., Tübingen, 1911.

⁵³ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, I ed. Tübingen, 1892.

e consensuali nel diritto pubblico. Egli dunque maturava quella distinzione che conduceva a qualificare la prima come l'incontro di volontà di due o più soggetti pubblici per la soddisfazione di interessi comuni⁵⁴, e la seconda come l'incontro di volontà tra il soggetto pubblico e quello privato, teso al perseguimento di interessi contrapposti e non congruenti.

In particolare, secondo Jellinek, la figura del contratto (*Vertrag*) trovava cittadinanza nel diritto pubblico nella forma del contratto di assoggettamento (*Subjektionsvertrag*).

A quest'ultimo egli riconduceva quindi le ipotesi – già individuate dal Laband – del contratto di pubblico impiego (*Beamtenanstellung*) e della concessione di cittadinanza (*Naturalisation*).

Il contratto di assoggettamento venne concepito come un mezzo con cui lo Stato stabiliva per via consensuale con il privato un rapporto di supremazia, nei casi in cui ciò non era realizzabile attraverso il normale ricorso ai poteri imperativi.

Mantenendo fermo il rapporto di sovraordinazione tra Stato e suddito nel rapporto contrattuale, tanto Laband quanto Jellinek cercarono di superare le obiezioni anticontrattualiste di Mayer, che, come visto nel paragrafo precedente, si era fatto artefice della figura dell'atto amministrativo su sottomissione, *Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, incentrato sulle prerogative unilaterali dell'autorità.

Anche il contratto di diritto pubblico nella forma della *Subjektionsvertrag* si presentava, quindi, come un mezzo giuridico a direzione unilaterale, non idoneo a far sorgere diritti ed obbligazioni reciproche, ma volto a costituire unicamente una relazione di supremazia, accettata convenzionalmente dal privato.

La disciplina del rapporto così costituito avrebbe invece continuato a trovare la propria fonte in un atto autoritativo dell'amministrazione.

Il contratto, accolto nella sua dimensione più ampia, si poneva, quindi, come l'unico strumento a disposizione dello Stato per ottenere una modificazione giuridica in quella sfera del cittadino scevra dalle ingerenze dei pubblici poteri (c.d. *status negativus*).

Così, mentre la *Beamtenanstellung* avrebbe determinato, da un lato, l'assunzione del servizio da parte del privato e, dall'altro, il potere di supremazia dello Stato nei suoi confronti, nella *Naturalisation*, il ricorso alla figura del contratto di assoggettamento si rendeva necessario per poter spiegare come un rapporto di sovraordinazione dello Stato potesse esplicarsi nei confronti di un soggetto, il cittadino straniero, estraneo *ab initio* ai suoi poteri⁵⁵.

⁵⁴ Costituivano esempi di *Vereinbarung* le deliberazioni di un collegio giudicante o l'emanazione di un regolamento da parte di più Ministri. Cfr. per questi aspetti G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 9 e ss.

⁵⁵ Vd. F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, op. cit., p.7 e ss; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Jovene Editore, Napoli, 1988, p. 32 e ss.; ID., *Il contratto di diritto pubblico fra «amministrazione imperativa» e amministrazione paritaria: l'esperienza tedesca*, in C. AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1993, p.115 e ss.

La diffusione nella prassi e lo studio di nuove ed ulteriori fattispecie consensuali (come gli accordi amichevoli nelle procedure espropriative, le sovvenzioni, le concessioni di pubblici servizi, ed infine un singolare tipo di convenzione tra Comuni e privati per la costruzione di edifici in deroga alle norme sugli allineamenti dei fabbricati, in cambio del versamento di una somma di denaro⁵⁶) indussero la dottrina successiva a spostare la propria attenzione dal momento genetico al successivo divenire della relazione convenzionale, ove non è la soggezione ma il rapporto obbligatorio a venire in considerazione⁵⁷.

Il rapporto di supremazia appare ormai recessivo, oggetto in quegli stessi anni delle critiche kelseniane⁵⁸: di fronte all'ordinamento giuridico – unica fonte legittimante del potere – non è concepibile un soggetto pubblico dotato di potestà originarie e, per natura, in condizione sovraordinata; di fronte all'ordinamento esistono solo soggetti, pubblici e privati, che si collocano in una posizione analoga.

Così, valorizzate le funzioni di prestazione dell'amministrazione, la *Vertrag* viene colta sotto una nuova luce, ed intesa quale «mezzo di autoregolamentazione di interessi reciproci di almeno due soggetti, in ordine ad attività sottoposte al diritto amministrativo»⁵⁹, cui fare ricorso ogniqualvolta il legislatore, mediante le c.d. norme dispositive, abbia abilitato le parti, pubbliche e private, a procedere per via contrattuale.

In queste elaborazioni la nuova nozione dell'*öffentlicher Vertrag* pone in ombra quella di *Vereinbarung*, che mantiene comunque la propria giustificazione nell'ambito degli accordi normativi, «unioni in forma contrattuale di una pluralità non organizzata di soggetti di pubblica amministrazione, aventi ad oggetto una disciplina generale di una molteplicità indeterminata di casi futuri»⁶⁰.

2.1. Atti complessi, atti collettivi e atti bilaterali.

Nonostante, quindi, l'evoluzione tendenzialmente lineare che la figura del contratto di diritto pubblico ebbe in Germania, nei primi decenni del Novecento il dibattito in Italia sulla medesima categoria fu caratterizzato da incertezze ed oscillazioni tra chi ne accoglieva le giustificazioni di fondo, e chi, invece, ne minava alla base le fondamenta.

Sulla base delle ricostruzioni che di tale dibattito fece G. Falcon, è comunque possibile ritenere che anche coloro che si proclamarono convinti anticontrattualisti, non disconobbero tale figura nei rapporti tra soggetti pubblici, stante l'assenza del contrasto tra gli interessi perseguiti. Dato, questo, che invero portava a valorizzare la natura

⁵⁶ Si veda per un analogo esempio nel modello spagnolo, il Cap. II, Parte III del presente lavoro.

⁵⁷ Il riferimento va qui a M. LAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag*, Graz und Leipzig, 1916, e a W. APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Leipzig, 1920.

⁵⁸ H. KELSEN, *Zur lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1913.

⁵⁹ A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, op. cit., p. 47.

⁶⁰ G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, 1984, op. cit., p. 34.

convenzionale del rapporto, secondo il modello tedesco della *Vereinbarung*, a discapito della sua natura propriamente contrattuale⁶¹.

Venivano così a coesistere, ad uno stadio embrionale, una pluralità di teorie, nessuna delle quali, tuttavia, riusciva a prevalere sulle altre.

In alcuni autori l'accordo tra enti pubblici, tenuto fermamente distinto dal contratto, restava nel campo degli atti unilaterali che convergevano per creare un atto complesso, connotato da parità di posizione delle parti e da comunanza e convergenza degli interessi perseguiti; per altri, i rapporti giuridici consensuali, se stretti tra soggetti pubblici, avevano valenza di veri e propri atti bilaterali; in altri ancora, infine, già si profilava quel contratto ad oggetto pubblico, che avrebbe trovato successiva e più ampia teorizzazione in M.S. Giannini⁶².

Ciò che accomunava comunque tutte queste prospettazioni, e le allontanava, al tempo stesso, da una vera e compiuta elaborazione del contratto di diritto pubblico, era la prevalente convinzione che relazioni di tal fatta appartenessero pur sempre al diritto privato⁶³.

Nella trattazione di S. Romano, contenuta nel suo *Corso di diritto amministrativo*, unica figura compiutamente delineata era quella degli accordi normativi, «atti, con cui si regolano non rapporti particolari e concreti, ma una serie indefinita di rapporti, ponendo norme di diritto oggettivo». Con tale definizione, nella quale si colgono i riflessi dell'*union* elaborata in quegli stessi anni in Francia da Duguit, si sottintendeva ai trattati internazionali ovvero, nel diritto interno, ai contratti collettivi di lavoro⁶⁴.

Quanto, invece, alla figura dell'accordo nel diritto amministrativo, S. Romano parrebbe oscillare tra le costruzioni dell'atto complesso o collettivo, in cui convergevano le manifestazioni unilaterali ed individuali di volontà di più soggetti, e le argomentazioni che tendevano ad escluderne una valenza propriamente contrattuale (riconoscendo, quindi, natura convenzionale) all'incontro consensuale di parti aventi interessi «comuni e non collidenti». L'autore, ad ogni modo, escludeva che una simile categoria potesse aversi tra pubblica amministrazione e privati, ancorché un esempio sarebbe stato astrattamente ravvisabile nelle concessioni di servizi pubblici⁶⁵.

Alla costruzione dell'atto complesso, nel senso di una convergenza di più atti unilaterali, perveniva anche U. Borsi, il quale distingueva tra complessità interna ed esterna, a seconda che alla sua costruzione addivenissero più organi di uno stesso ente o di enti diversi⁶⁶. A medesime constatazioni egli giungeva anche nei suoi studi

⁶¹ *Ivi*, p. 71 e ss.

⁶² Per questi temi si veda il par. 3.2, in questo capitolo.

⁶³ G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, op. cit., p. 86.

⁶⁴ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, p. 182 ess.

⁶⁵ *Ivi*, p. 184 e 187.

⁶⁶ U. BORSI, *L'atto amministrativo complesso*, Torino, 1903, ora in *Studi di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 203 e ss. Sulla medesima costruzione dogmatica, cfr. D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, in *Arch. giur.* LXXI, 1, 1903, pp. 3-105, che distingueva tra *atto complesso*, ravvisandolo nei c.d. atti a complessità interna, ed *atto collettivo*, identificandolo nei c.d. atti a complessità esterna, nei

successivi, ove ritornava ad escludere la valenza contrattuale nei rapporti attinenti alla gestione di servizi pubblici. In questi ultimi, infatti, pur caratterizzati dalla convergenza di distinti «voleri di più enti [che] si uniscano per stabilire o risolvere vincoli giuridici», sarebbe mancato «l'incontro o l'incrocio tipico» di volontà contrapposte che è proprio del contratto⁶⁷. Si sarebbe quindi pur sempre configurato quell'atto complesso, che egli qui definisce «accordo».

A questi autori possono affiancarsi coloro che, al contrario, ravvisavano una relazione puramente bilaterale e non solo «soggettivamente plurima»⁶⁸ del rapporto. Ed è qui che si fanno ancora più avvertite le esigenze di dover distinguere tra l'atto bilaterale ed il contratto propriamente detto.

Occorre fare menzione anzitutto, per risalenza nel tempo, agli *atti bilaterali di diritto pubblico* del Presutti, ancorché gli stessi furono ammessi esclusivamente fra «organi dello Stato», che si trovano in posizione di uguaglianza, mentre venivano tenuti distinti dai contratti, avendo quelli per oggetto *res extra commercium*⁶⁹.

E' – come si nota – in questo autore recessiva la tesi discretiva tra contratto e convenzione basata sulla convergenza degli interessi perseguiti dalle parti. E' proprio la natura dell'oggetto a segnare la distinzione ed al tempo stesso il confine ed il limite tra il negozio di diritto pubblico ed il negozio di diritto privato.

Anche nel Cammeo del *Corso di diritto amministrativo* del 1919 si nota un'apertura ai *negozi bilaterali di diritto privato*, ma limitatamente alle sole relazioni tra soggetti pubblici, «per l'esercizio e conseguente riparto di spese di pubbliche funzioni a loro comuni»⁷⁰, restando, invece, categoricamente esclusi per le relazioni tra pubblica amministrazione e privati⁷¹.

Agli *atti amministrativi bilaterali* fa invece cenno il Raggi⁷², che in aperta polemica nei confronti di Cammeo, vi ravvisa *in nuce* il fenomeno dello scambio, strutturato sulla contrapposizione delle parti e degli interessi perseguiti.

Tendeva, invece, ad ammettere la possibilità di negozi e contratti di diritto pubblico anche nei rapporti tra p.a. e privati già Pacinotti⁷³, e di lì a poco gli argomenti di Triepel, Apelt e Kelsen avrebbero definitivamente aperto la strada a questa nuova costruzione dogmatica.

quali le «volontà non si unificano, ma solo si uniscono, rivolgendosi insieme ad un medesimo effetto» (p. 403).

⁶⁷ U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Trattato Orlando*, II, Milano, 1915, p. 25.

⁶⁸ G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, *op. cit.*, p.77.

⁶⁹ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1904, p. 311.

⁷⁰ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1919, p. 536.

⁷¹ *Ivi*, p. 529.

⁷² L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo (concetto, classificazione, validità)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, p. 187.

⁷³ G. PACINOTTI, *Saggio di studi su i negozi di diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1903, p. 185 e ss. Nella sua trattazione egli fece riferimento «non ai negozi e contratti tra ente pubblico ed ente pubblico, su la cui ammissibilità quasi unanime è la dottrina, ma ai negozi ed ai contratti tra un ente pubblico ed una persona privata» (p. 186).

2.2. *Il contratto di diritto pubblico nelle concessioni bilaterali di U. Forti e nell'atto composto di A. De Valles.*

Il primo ad aver accolto la figura del contratto di diritto pubblico fu U. Forti.

La tesi sulle *concessioni bilaterali* veniva costruita su un piano dialettico rispetto alle confutazioni e alle resistenze tradizionali, italiane e tedesche, sin qui descritte.

Forti circoscriveva, anzitutto, i casi di disparità e disuguaglianza tra i privati e l'amministrazione ai soli rapporti in cui l'individuo si trova in uno *status subiectionis* rispetto allo Stato⁷⁴. In tal modo egli negava validità alla tesi di Ranelletti sulla propagazione illimitata dell'*imperium*, secondo il quale esso «non si manifesta solo nel comandare, ma anche nel permettere e nel dichiarare»⁷⁵.

Secondo Forti, tutti i soggetti operanti nella vita giuridica avrebbero, quindi, una comune capacità di diritto, per cui non poteva negarsi la possibilità di un accordo tra soggetti pubblici e privati, sol perché di natura diversa. L'*imperium* di cui gode l'amministrazione non si collegherebbe, del resto, né alla capacità né alla natura della persona giuridica pubblica, ma sarebbe da intendersi come un «diritto soggettivo attribuito dalla legge», che consente all'amministrazione, nei casi e limiti previsti dalla norma, «di comandare e di vietare»⁷⁶.

E, del resto, questo diritto soggettivo aggiunto non porrebbe, nei casi di incontro consensuale, in condizione di supremazia l'amministrazione rispetto al privato, poiché le due parti addiventano liberamente al contratto ed in assenza di alcuna posizione di disuguaglianza giuridica di partenza: prima della nascita del rapporto concessionario, il cittadino non ha alcun obbligo nei confronti dell'amministrazione, né la gestione del pubblico servizio può essere imposta da quest'ultima per mezzo dell'*imperium*, necessitandosi pur sempre un atto consensuale e volontario del concessionario.

La seconda constatazione che portava l'autore ad accogliere la figura del contratto di diritto pubblico, si basava sulla critica alla generale presunzione che non potesse darsi commistione tra elementi pubblicistici e privatistici in un medesimo atto.

Disconoscendo, quindi, quei criteri che ravvisavano ora la natura esclusivamente pubblica, ora la natura necessariamente privata del rapporto sulla base di elementi oggettivi come la natura del soggetto agente o la patrimonialità ovvero l'utilità pubblica del rapporto, egli giungeva ad affermare che contratto di diritto pubblico si potrebbe avere quando la volontà dell'amministrazione e quella del privato si intrecciano «in modo da stabilire qualcosa di comune», originando una «fisionomia giuridica contrattuale»⁷⁷. Ferma restando l'inconfigurabilità di un negozio misto, questo «rapporto fondamentalmente privato...[contiene] in sé un elemento pubblico così importante da esigere quella speciale tutela che porta seco la natura pubblica di tutto il

⁷⁴ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, p. 412.

⁷⁵ O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc.giur.*, 1896, 22°, p. 272-3.

⁷⁶ U. FORTI, *op. ult. cit.*, p. 409.

⁷⁷ *Ivi*, p. 396.

rapporto»⁷⁸. Si tratta, dunque, di un contratto in cui l'amministrazione «interviene come tale» e che riguarda diritti anche di «natura pubblica»⁷⁹.

La caratteristica peculiare di tale rapporto sarebbe, quindi, quella di essere fondata su un contratto con il quale si obbligano, rispettivamente, il privato a svolgere un servizio pubblico e l'amministrazione ad emanare gli atti necessari a che quel servizio possa essere esercitato.

Il contratto (o concessione bilaterale) così inteso dava quindi vita contestualmente a due distinti rapporti giuridici, uno relativo alla gestione del servizio, l'altro connotato da impero.

L'innovatività della tesi stava non solo nel cogliere la dimensione contrattuale della fonte dei due rapporti, ma soprattutto nell'affermare che quando l'amministrazione emana quegli atti, comunque espressione di *imperium*, ciò fa in esecuzione del contratto⁸⁰. Non può non cogliersi l'attualità di queste conclusioni, che deducono il potere nel contratto e fanno del suo esercizio l'oggetto specifico della prestazione posta in capo all'amministrazione.

L'elaborazione del Forti veniva seguita qualche anno dopo da A. De Valles⁸¹.

Questi fondava la sua tesi sul c.d. *atto composto*, nel quale si congiungevano le due diverse manifestazioni di volontà dell'amministrazione e del privato, l'una di carattere unilaterale, volta all'istituzione del servizio pubblico e finalizzata ad attribuire al privato poteri propri dell'amministrazione; l'altra di carattere contrattuale, concernente la regolamentazione del servizio stesso.

Il contratto di diritto pubblico veniva quindi ravvisato «quando le due volontà, tendendo l'una ad un effetto pratico di interesse collettivo, l'altra ad un effetto pratico di interesse privato, si incontrano determinando il contenuto dell'atto, che è il risultato delle due volontà collidenti»⁸².

Anche la direzione assunta dal De Valles andava, quindi, verso il riconoscimento di una convergenza tra la discrezionalità dell'amministrazione e l'autonomia negoziale del privato in un unico atto consensuale, il quale manteneva pur sempre la propria connotazione pubblicistica, in quanto «la legge di finalità», il vincolo di scopo che connota l'agire amministrativo, non verrebbe meno nel rapporto, ma si integrerebbe, senza risolversi, nella «legge di reciprocità» che governa i rapporti tra privati⁸³.

Tanto il Forti quanto il De Valles affrontarono il problema della revoca, ma pervenendo a risultati opposti.

⁷⁸ *Ivi*, p. 418.

⁷⁹ *Ivi*, p. 398.

⁸⁰ *Ivi*, p. 427.

⁸¹ A. DE VALLES, *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, in *Dir. e Giur.*, XXVI, n. 18-22, Napoli, 1912, p. 73 e ss. Si veda anche A. DE VALLES, *ad vocem*, *Concessione di pubblici servizi*, in *Nuovo Dig. it.*, 1938. pag. 580 e ss.

⁸² A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, 1917, p. 28.

⁸³ A. DE VALLES, *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, op. cit., p. 39.

Mentre il primo la concepiva come un privilegio dell'amministrazione, estraneo al rapporto contrattuale, nel secondo essa non veniva avvertita come momento di crisi della bilateralità del rapporto.

Affermava, infatti, il Forti «ciò che è atto di imperio puro e semplice può revocarsi sempre quando questa revoca appaia necessaria al pubblico bene; ma *quid iuris* quando l'atto di imperio è l'esecuzione di un contratto? E' questo realmente uno dei punti più delicati per l'applicazione dei nostri concetti»⁸⁴.

L'autore tornerà sul punto qualche anno più tardi, sostenendo l'illegittimità della revoca dell'atto di esecuzione del rapporto convenzionale: pur essendo questo un atto amministrativo, vi osterebbe la natura contrattuale del rapporto⁸⁵.

Il De Valles, invece, risolveva il problema compiendo una netta separazione tra il momento pubblicistico e quello privatistico. E' stato tuttavia osservato come proprio queste conclusioni sembrerebbero far avvicinare il primo ad una ricostruzione eminentemente privatistica della fattispecie ed il secondo alle elaborazioni della teoria dualistica⁸⁶.

2.3. La «fortuna» del contratto di diritto pubblico. Gli atti contrattuali eguali di G. Miele.

Fu nel periodo tra le due guerre mondiali che la dottrina del contratto di diritto pubblico conobbe il suo massimo momento di diffusione.

Il pubblico potere non è in una condizione di generale ed assoluta superiorità.

Il provvedimento, inteso quale atto con cui l'amministrazione si determina al perseguimento del pubblico interesse, può integrarsi con la volontà negoziale del privato in un unico atto bilaterale.

Le due manifestazioni di volontà, dell'amministrazione e del privato, pur nella loro eterogeneità, formale e sostanziale, possono convergere concretamente in un reale incrocio contrattuale⁸⁷.

Furono le riflessioni di G. Miele a dare completa sistemazione alla teoria⁸⁸. Ne costituivano fondamento il principio di legalità e lo Stato di diritto.

L'attività della pubblica amministrazione è di per sé vincolata all'osservanza di norme giuridiche, non è *legibus soluta*, come nei precedenti ordinamenti. Ciò da un lato

⁸⁴ U. FORTI, *op. ult. cit.*, p. 369 e ss.

⁸⁵ U. FORTI, *Diritto amministrativo*, II, Napoli, 1934, p. 86.

⁸⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁷ A queste conclusioni giungeva già F. CARNELUTTI, nelle sue brevi note su *Contratto e diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, p. 659 e ss., ove aggiungeva «in diritto pubblico, il contratto *c'è e non c'è*. C'è come *atto bilaterale*; non c'è probabilmente come *negozio bilaterale*» (p. 665, corsivo dell'autore). Tra atto bilaterale e negozio bilaterale vi sarebbe un rapporto di genere a specie, ma quale dei due si voglia chiamare contratto – osserva sempre Carnelutti – è questione di pura convenienza linguistica, «la nota essenziale del fenomeno sta...nel meccanismo di formazione del comando, che risulta dall'incrocio delle volontà poste a tutela degli interessi in conflitto» (p. 666).

⁸⁸ G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.

spiega la sua funzionalizzazione all'interesse pubblico, e, dall'altro, è garanzia per il cittadino. Cioché nei rapporti ove l'amministrazione fa uso di «poteri di supremazia» la subordinazione del privato sussisterebbe nei limiti della preventiva autorizzazione della legge; nei rapporti volontari, la posizione di soggezione del cittadino discenderebbe, invece, dal suo consenso iniziale.

La prima conclusione che Miele traeva era che ogni imposizione di obblighi e di svantaggi al di fuori dei casi consentiti dalla legge, rappresentava un'illegittimità del potere amministrativo, la violazione di garanzie giuridiche, poste a salvaguardia del cittadino, e dunque «lo Stato non può, in difetto di apposita norma legislativa, procurarsi la collaborazione dei suoi cittadini, che mediante il loro volontario assoggettamento»⁸⁹.

E' evidente in questa ricostruzione l'influsso del pensiero di Laband e Jellinek⁹⁰, riedito e riformulato, tuttavia, in una più che attuale versione della pubblica amministrazione.

Da Kelsen, invece, Miele traeva i necessari supporti per una critica alla concezione di un diritto pubblico improntato alla disegualianza e sulla supremazia di un soggetto sugli altri. Il diritto pubblico è sì caratterizzato da rapporti di gerarchia, l'errore starebbe, invece, nel generalizzare il fenomeno, considerandolo come connotato intrinseco di tutti i rapporti giuspubblicistici⁹¹.

Sulla base di tali premesse, Miele distingueva tra *atto complesso* ed *atti contrattuali*. Nel primo, le dichiarazioni di volontà hanno «identico contenuto e causa», in quanto le parti, protese al raggiungimento di uno scopo comune, si pongono in una condizione di collaborazione reciproca. Esso coinciderebbe con quelli che la *communis opinio* qualificava come atti bilaterali, caratterizzati dal concorso di due o più volontà di soggetti che si pongano in una condizione di «partecipazione giuridica eguale ed armonica alla produzione dell'effetto»⁹².

Nei secondi, invece, le dichiarazioni di volontà hanno «contenuto diverso, ma corrispondente e reciprocamente integrativo» e, allo stesso modo, sono «dotate di causa diversa e corrispondente», in quanto le parti perseguirebbero fini e scopi diversi, ma reciproci⁹³.

⁸⁹ *Ivi*, p. 3.

⁹⁰ Ravvisabile significativamente nell'espressione: «ogni imposizione di obblighi legislativamente non consentita abbisogna per la sua validità di un atto di accettazione dell'interessato, poiché a questo soltanto e non all'autorità, che non ne ebbe la necessaria autorizzazione dalla legge, è dato disporre del suo *status libertatis*» (*ivi*, p.12).

⁹¹ *Ivi*, p. 17-18.

⁹² *Ivi*, p. 6.

⁹³ *Ivi*, p. 7 e ss. Occorre qui precisare che Miele offre una più dettagliata sistemática degli atti in questione, distinguendo tra *atti complessi eguali* (costituzione di un consorzio fra più enti pubblici); *atti complessi ineguali* (decreto reale, caratterizzato dalla convergenza delle volontà del Ministro proponente e del Sovrano); *atti contrattuali eguali* (alcune convenzioni tra enti pubblici, tra le quali il contratto collettivo di lavoro) e, infine, *atti contrattuali ineguali* (conferimento ed accettazione di una autorizzazione). Quanto alla scelta dei termini, l'A. precisa, con riferimento al secondo gruppo di atti, che per essi «l'espressione di contratto è inesatta e di dubbio contenuto», offrendo così la nuova denominazione di «atti contrattuali», che «schiva il significato preciso della parola contratto» (p. 9).

E veniamo, quindi, alla fondamentale domanda che il Miele si poneva, davvero significativa per la nostra trattazione: «esistono nel diritto amministrativo *atti contrattuali eguali*, di cui uno dei partecipanti sia un privato individuo?»⁹⁴.

La risposta affermativa veniva così argomentata: la diversità tra Stato e privato non si spiega in ragione della loro diversa natura, ma dei «compiti, dei fini e dei poteri» di cui sono titolari, perciò «anche nel diritto pubblico la volontà privata può entrare nella formazione di un atto giuridico a egual titolo che la volontà dell'amministrazione».

Le due volontà si pongono sullo stesso piede d'uguaglianza.

Nella parte conclusiva della sua trattazione, il Miele riconduceva alla categoria così delineata, qualificandoli espressamente come «contratti a carattere pubblicistico», gli accordi amichevoli che intervengono nel procedimento di espropriazione, il concordato fiscale, e, infine, quelle convenzioni tra amministrazioni scolastiche ed enti privati che gestiscono scuole elementari, cui il Cammeo aveva invece riconosciuto natura privatistica.

2.4. L'interesse pubblico come causa del contratto di diritto pubblico in P. Bodda, M. Gallo e M. Cantucci.

Le teorie sulla causa del contratto di diritto pubblico sono rappresentate dagli studi di Bodda, Gallo e, successivamente, senza particolari innovazioni concettuali, da quelli di Cantucci⁹⁵.

Che anche mediante l'attività di diritto privato la p.a. perseguisse l'interesse pubblico era ormai un dato acquisito nella dottrina italiana del tempo. Lo aveva già affermato il Miele e viene, ora, ribadito dalle dottrine causaliste, le quali, del resto, si occuparono non tanto di argomentare sulla necessaria persecuzione di finalità pubblicistiche da parte dell'amministrazione, ma su quale posizione esse occupassero nel negozio pubblico con il privato⁹⁶.

⁹⁴ *Ivi*, p. 11.

⁹⁵ L'approfondimento dell'istituto della «causa» del provvedimento amministrativo rifletteva, chiaramente, l'impostazione dogmatica della scienza pubblicistica del tempo, che, ancora negli anni '30, si appropiava al tema seguendo l'insegnamento della scuola pandettistica. In questo periodo gli studi sulle manifestazioni di volontà dell'amministrazione, sul negozio giuridico complessivamente inteso, e, dunque, sulle sue singole componenti, quali, appunto la causa, ma anche i motivi ed i presupposti, così come infine la stessa autonomia negoziale venivano infatti condotti attraverso gli schemi formali propri della scienza giuridica privatistica. Cfr. sul punto, F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1986, p. 112 e ss.

⁹⁶ Appare appena il caso di precisare che la premessa teorica da cui partivano queste dottrine era la piena e convinta adesione alla costruzione del contratto di diritto pubblico. Così, per esempio Bodda riconosceva l'imprescindibilità della figura del negozio pubblico, poiché «se il potere di comando è squisitamente pubblicistico non si vede come esso possa venir meno, se non facendo cadere pure la caratteristica pubblicistica degli atti emessi» dall'amministrazione che contratta con il privato. Cfr. P. BODDA, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937, p. 64. In parte peculiare è invece la ricostruzione che ne fa il Gallo, secondo il quale le due manifestazioni di volontà, pur nell'incrocio contrattuale cui davano vita, mantenevano, nella forma e nella sostanza, la propria identità e la propria disciplina giuridica, di diritto amministrativo per l'atto proveniente dall'amministrazione, di diritto civile,

Il *proprium* degli studi sulla causa del contratto di diritto pubblico stava quindi nella convinzione che l'interesse pubblico non rimaneva nella sfera soggettiva dell'amministrazione, alla stregua di un mero motivo presupposto del negozio, come accade normalmente nell'attività contrattuale di diritto privato, ma si presentava connaturato al negozio stesso al punto da costituirne, appunto, la causa⁹⁷.

Il contributo di queste teorie si rivelava dunque essenziale per dare completa e definitiva spiegazione alla categoria in analisi. E' dal riconoscimento della liceità della causa del negozio, della «causa lecita dell'obbligarsi», del resto, che l'ordinamento giuridico fa dipendere la propria protezione e la produzione degli effetti giuridici⁹⁸.

Tuttavia, nel contratto di diritto pubblico, la causa si spiegherebbe e si attergerebbe diversamente rispetto ai contratti di diritto privato conclusi dalla p.a..

Se in questi ultimi la causa sarebbe la medesima dei contratti conclusi tra privati, e cioè quella di costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico, nel contratto di diritto pubblico è l'interesse pubblico a giocare un ruolo preminente⁹⁹. E ciò in quanto, se «presupposto indispensabile per l'esistenza dello Stato di diritto» è il principio per cui l'attività dell'amministrazione deve essere rivolta alla soddisfazione del fine pubblico previsto dalle «norme che la riguardano», in mancanza l'attività amministrativa sarà «contraria all'essenza stessa, alla ragione dell'essere dell'amministrazione, [e] può risolversi in un danno presso coloro che furono esclusi dalla sua considerazione»¹⁰⁰.

E' evidente, qui, la preoccupazione di dover accordare protezione non solo all'interesse pubblico, ma anche a quegli interessi dei terzi che potrebbero essere pregiudicati dalla scelta dell'amministrazione di stabilire un rapporto sinallagmatico con un privato, per la cura di interessi generali. Ed allora la liceità della causa del contratto di diritto pubblico sarà garantita non solo se l'amministrazione persegue la finalità

per l'atto proveniente dal privato. Tale ricostruzione produceva quindi effetti anche in punto di giurisdizione, di legittimità del Consiglio di Stato per il primo, ordinaria, del giudice di merito per il secondo. Ne discendeva una qualificazione formale della categoria in termini di «negozio bilaterale o contrattuale di diritto pubblico», ma non anche sostanziale, ossia in termini di regime giuridico applicabile. Cfr. M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 114 e ss.

⁹⁷ Cfr. in questi termini G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, op. cit., p. 94.

⁹⁸ P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, p. 5.

⁹⁹ Così Gallo affermava che «l'elemento della causa assume una sostanziale diversità di concezione a seconda che renda rilevante o non nel suo contenuto anche l'elemento del pubblico interesse», diversità, che quindi «si presenta a seconda che l'amministrazione ponga in essere negozi *jure publico* ovvero *jure privato*». Cfr. M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 99. Dello stesso A., si vedano anche *Sul così detto contratto di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, I, p. 579 e ss. e *Contratto di diritto pubblico, ad vocem*, in *Nov.mo Dig. It.*, 1959, p. 645 e ss. Cantucci, per parte sua, affermava che «se il fine della pubblica amministrazione è unico» tuttavia «non è unica la rilevanza che nel complesso dell'attività amministrativa...presentano gli interessi che l'amministrazione deve soddisfare». Pertanto, nei casi in cui «l'attività dell'amministrazione risulta diretta al conseguimento di un interesse pubblico, in modo che questo venga a costituire l'elemento principale della causa dell'atto» allora «l'atto stesso deve essere sottoposto alla disciplina di diritto pubblico», mentre «quando la considerazione dell'interesse pubblico non esorbita dalla sfera dell'amministrazione che rinuncia a farlo valere come causa del negozio», allora il negozio sarà retto dal diritto privato. Cfr. M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, p. 36 e ss.

¹⁰⁰ P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, p.10-11.

pubblica ad essa assegnata dalla legge, ma anche e soprattutto se «il singolo assume l'interesse pubblico e gli fa posto nella proprio manifestazione di volontà, così come l'amministrazione che è la sola competente a valutarlo, lo ha determinato». Al tempo stesso la parte pubblica, nel mentre tende alla «soddisfazione dello scopo pubblico», deve garantire anche quella dell'interesse del privato della cui collaborazione abbisogna, sì da permettere al singolo di conseguire l'utilità cui aspira¹⁰¹.

E' in questo modo che si raggiunge quella convergenza tra manifestazioni di volontà di natura giuridica diversa, che fino a quel momento aveva rappresentato l'ostacolo più arduo da superare. D'altro canto, la presenza dell'interesse pubblico nella causa del contratto svolge l'ulteriore funzione di spiegare e giustificare la facoltà per l'amministrazione di revocare unilateralmente il proprio atto contrattuale, una volta mutate le condizioni di fatto. Ciò non determinerebbe, come pure alcuni avevano sostenuto in passato, la negazione della bilateralità dell'atto, ma giustificherebbe il perché amministrazione e privato si collochino pur sempre in una posizione di inevitabile disuguaglianza nel rapporto contrattuale¹⁰².

2.5. *Il contributo di A. Amorth sull'attività amministrativa di diritto privato.*

Non si può concludere questa sia pur breve disamina sui principali orientamenti relativi al contratto di diritto pubblico, sviluppati negli anni '30 e '40, senza soffermarsi sul contributo di A. Amorth¹⁰³.

Questi non entrava nel vivo della *querelle*, ed anzi dava per pacifica l'esistenza della figura, ma si occupava in termini più generali, e con impostazione differente, del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nell'azione della pubblica amministrazione.

Egli procedeva, pertanto, a quella tripartizione che vedeva affiancarsi all'attività di diritto pubblico ed all'attività di diritto privato, la c.d. *attività amministrativa di diritto privato*: attività amministrativa, nella sostanza, privata, nella forma.

Si trattava, nello specifico, di attività «esplicita dalle pubbliche amministrazioni per realizzare le loro determinazioni fondamentali», nel perseguimento dell'interesse pubblico, ma retta da «norme che valgono...per i comuni soggetti giuridici»¹⁰⁴.

E l'interferenza del diritto pubblico in un'attività formalmente privata veniva spiegata in ragione della presenza di «quella parte indissociabile dalla posizione pubblicistica delle pubbliche amministrazioni» che faceva sì che dovesse intendersi «come attività pubblica» anche quella «presentata come attività privata o contenuta in un negozio

¹⁰¹ Testualmente: «appagare un bisogno pubblico, mediante la soddisfazione di un interesse privato». Cfr. P. BODDA, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, op. cit., p. 95.

¹⁰² *Ivi*, p. 104.

¹⁰³ A. 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.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 280.

privato»¹⁰⁵. Così, al pari dell'attività di diritto pubblico, anche l'attività formalmente retta dal diritto privato (cioè, l'attività amministrativa di diritto privato) poteva risultare strettamente connessa e funzionale alla cura del fine pubblico.

Poste simili premesse, Amorth affrontava il nodo centrale della propria teoria, ossia quello della sostituibilità dello strumento pubblicistico con quello privatistico.

Tale surrogabilità non poteva essere esclusa in via di principio, poiché nell'ambito del necessario perseguimento dell'interesse pubblico l'amministrazione dispone, in linea astratta, di un «potere di libera determinazione quanto al modo di applicazione della norma»¹⁰⁶.

L'indagine veniva condotta, quindi, sul piano del diritto positivo, ed era volta alla ricerca di norme giuridiche che consentissero, o meno, all'amministrazione di sottrarsi allo strumento pubblicistico per ricorrere a strumenti di diritto privato. Stante la normale inderogabilità delle norme di diritto pubblico, Amorth ricercò la risposta in via d'eccezione.

Sarebbe stato quindi possibile per l'amministrazione scegliere tra l'uno o l'altro regime quando fosse stata anzitutto la norma stessa a concedere simile facoltà. Ma si poteva pervenire a medesime conclusioni, anche quando quest'ultima fosse ricavabile per implicito dalla legge, e cioè quando la disposizione stessa pone il diritto pubblico come un "mezzo" per realizzare nel modo più confacente i fini pubblici.

E dunque nulla osta alla sostituibilità del mezzo pubblico, il provvedimento, con quello privato, il contratto, quando «il diritto privato conceda all'amministrazione la possibilità di raggiungere lo stesso risultato che essa potrebbe ottenere mediante l'applicazione del procedimento pubblicistico»¹⁰⁷.

La sostituibilità veniva quindi concretamente ravvisata tra il provvedimento di espropriazione ed il contratto di compravendita o altro contratto che consenta di conseguire il medesimo risultato del provvedimento sostituito; tra la concessione ed analoghi contratti di diritto privato, ed infine, tra l'autotutela esecutiva ed il normale ricorso all'autorità giudiziaria.

E' evidente l'attualità delle considerazioni di Amorth ancora ai nostri giorni.

L'intento di conciliare la natura pubblicistica dell'attività con il carattere privatistico della forma; il concepire il contratto, sostitutivo di un provvedimento, comunque espressione di potere pubblico; ed, infine, il ritenere che il mutamento della forma non alterasse la sostanza pubblicistica ci consegnano, anche attraverso la rielaborazione che di tale teoria fece la dottrina negli anni a seguire, un modello amministrativo disposto ad accogliere gli accordi sostitutivi del provvedimento. E, del resto, come si vedrà nei successivi capitoli, proprio queste tesi contribuiscono a giustificare le differenze tra il sistema italiano e le coeve elaborazioni francesi.

¹⁰⁵ *Ivi*, p. 348.

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 310.

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 307.

3. Le tesi negatrici. La reiezione del contratto di diritto pubblico, il ruolo della giurisprudenza e la teoria tedesca della *Zweistufentheorie*.

Ma mentre le tesi favorevoli al contratto di diritto pubblico conoscevano il loro momento di massima diffusione¹⁰⁸, la giurisprudenza da un lato, alcuni studiosi, ancora in posizione minoritaria, dall'altro, iniziarono a metterlo seriamente in discussione.

Se questi ultimi, almeno inizialmente, si limitarono a riportare in auge, aggiornandole, le tradizionali argomentazioni negatrici della figura, fu, in questo periodo, soprattutto il lavoro della giurisprudenza a determinare il declino della categoria in esame.

Quanto ai primi, il riferimento corre inevitabilmente a Guicciardi¹⁰⁹, il quale giunse a negare qualsiasi possibilità di giuridica esistenza al contratto di diritto pubblico, disconoscendo, in particolare, gli esiti cui perveniva Bodda in quei medesimi anni.

Le sue ragioni, indiziarie, più che realmente dimostrative¹¹⁰, si concentrarono nel tentativo di far valere l'inconciliabilità dei caratteri propri ed irrinunciabili del potere amministrativo – in particolare, la cura dell'interesse pubblico ed il potere di revoca – con quelli tipici del diritto privato.

La facoltà di revoca, a tutela dell'interesse pubblico, nella sopravvenienza di nuove circostanze di fatto, nello specifico, avrebbe cozzato con tre principi essenziali della materia contrattuale: «il principio dell'irrelevanza giuridica dei motivi», «il principio della eguaglianza dei contraenti» ed il «principio secondo il quale il contratto stipulato dalle parti ha fra di esse valore di legge»¹¹¹.

Se quindi i poteri di autotutela rappresentavano, in Guicciardi, la ragione principale per escludere il contratto di diritto pubblico, sugli stessi la Cassazione già argomentava, a partire dai primi anni del Novecento, per delineare la nuova figura della «concessione-contratto»¹¹².

Abbandonate le precedenti posizioni unilateral-pubblicistiche¹¹³, i giudici di Roma procedettero a scomporre la relazione concessoria in una combinazione provvedimental-contrattuale, in cui il provvedimento rappresentava la fonte autoritativa e costitutiva della concessione, mentre il contratto era destinato a regolare il rapporto

¹⁰⁸ Nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Zanobini riconosce pacificamente la figura del contratto di diritto pubblico, riportando le sue affermazioni sul piano del diritto positivo: «vi sono, realmente, molte concessioni che vengono fatte in forme contrattuale e come contratti sono regolati dalle rispettive leggi... Anche per il rapporto d'impiego, si hanno alcune disposizioni che ammettono eccezionalmente il regime del contratto a termine... Altri esempi possono trovarsi al di fuori dei due rapporti più comunemente studiati». Vd. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 1950, p. 189-190.

¹⁰⁹ E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 221 e ss.

¹¹⁰ G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, *op. cit.*, pag. 109.

¹¹¹ E. GUICCIARDI, *op. ult. cit.*, p. 225

¹¹² Si veda la ricostruzione della giurisprudenza in materia compiuta da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, *op. cit.*, in particolare p. 201 e ss.

¹¹³ Sono queste le posizioni riconducibili a Cammeo e a Ranelletti, già analizzate nel par. 1 del presente capitolo ed alle quali si rinvia.

obbligatorio tra amministrazione e privato. Provvedimento e contratto ritornavano ad essere concettualmente autonomi e giuridicamente assoggettati a regimi diversi, ma, adesso, strettamente collegati da un vincolo, che si potrebbe definire di presupposto e di conseguenza, in quanto il venir meno del primo comportava l'estinzione del secondo¹¹⁴. Ma nella giurisprudenza in analisi, la necessità di procedere ad una nuova costruzione si spiegava non tanto, o comunque non solo, per reazione alla figura del contratto di diritto pubblico, quanto soprattutto in conseguenza del diffondersi, in quei medesimi anni, della teoria della degradazione dei diritti soggettivi in interessi legittimi¹¹⁵.

In quanto dotato di *imperium* esso era idoneo a scalfire le posizioni giuridiche soggettive dei privati, che venivano in contatto con l'amministrazione. Ed allora, la necessità di mantenere nella costruzione il contratto di diritto privato si spiegava proprio con l'esigenza di dover riconoscere e conservare, durante l'intera vicenda esecutiva del rapporto, diritti soggettivi perfetti in capo al concessionario¹¹⁶.

Impellente, del resto, era la tutela da accordare al privato proprio in quelle ipotesi di cessazione anticipata del servizio pubblico, cagionate da un atto unilaterale di revoca dell'amministrazione. Va da sé, del resto, l'ulteriore considerazione che il giudice

¹¹⁴ Tradizionalmente, si ritiene capostipite di questo nuovo orientamento la sentenza Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. Dir. Comm.*, 1910, p. 248, nella quale si adombra l'alternativa tra l'impostazione unilaterale-pubblicistica e la nuova costruzione duale: «Le dottrine sono non sicure e determinate e molto meno d'accordo nella definizione giuridica dell'essenza di siffatte concessioni. Sembra che sia più conforme alla loro nozione considerare l'atto di concessione in due momenti giuridici. Nel primo momento può scorgersi la determinazione della volontà dello Stato che, sottraendo all'uso pubblico un'area o una pertinenza demaniale, la concede, per uno spazio più o meno lungo di tempo, o ad uso di una industria...privata; è un atto di sovranità dello Stato, che si concreta in concessione. Ma in un secondo momento l'amministrazione dello Stato, regolando il suo atto di concessione, entra in rapporti di obbligazione col concessionario; e fra l'uno e l'altro si stabiliscono le condizioni, le modalità, il prezzo: si opera cioè una vera e propria stipulazione di contratto. Considerati analiticamente, sono 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 del 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 pel suo modo di attuarsi e di svolgersi. Questo regolamento giuridico può essere costituito dal complesso delle modalità e delle condizioni dettate dalla pubblica amministrazione, indipendentemente da ogni vincolo convenzionale, ma può, senza ostacolo legale, formare oggetto di una stipulazione o di un complesso di patti, in cui l'ente pubblico assume la figura di un contraente. In questa seconda ipotesi, certamente, possono aver luogo vere e proprie valutazioni contrattuali e azioni *ex contractu* per ripararle». Il testo è riportato anche da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, *op. cit.*, p. 187. Cfr. anche Cass., Roma, 9 febbraio 1918, in *Foro. It.*, 1918, pag. 487; Cass., Roma, 20 febbraio 1925, in *Foro. it.*, 1925, pag. 591.

¹¹⁵ L'interesse legittimo, nel quale degradava il diritto soggettivo del privato, veniva concepito inevitabilmente come una posizione minore, sia in termini di tutela da accordarsi, sia in termini di necessario sacrificio dell'interesse privato rispetto al preminente interesse pubblico, già nel farsi dell'azione amministrativa stessa. Cfr. F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo* Giuffrè, Milano, 1990, in particolare, p. 93 e ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, *op. cit.*, p. 3227.

¹¹⁶ «Quando si versa non nel caso di concessione semplice e unilaterale, ma di concessione-contratto, l'interesse pubblico, che domina il rapporto...non esclude che l'interesse privato possa assurgere a dignità di diritto soggettivo perfetto da esperirsi in sede giudiziaria». App. Firenze, 7 apr. 1925, in *Giur. It.*, 1925, I. 2, p. 406, cit. in M. D'ALBERTI, *op. ult. cit.*, p. 207.

ordinario – in un periodo in cui ancora Consiglio di Stato e Corte di Cassazione non erano pervenuti alle risolutive sentenze sui c.d. «contatti giurisdizionali»¹¹⁷ – tendesse a rafforzare, nella nuova costruzione, il ruolo del contratto di diritto privato, proprio al fine di attrarre nella sua giurisdizione almeno quelle controversie in cui l'interruzione unilaterale del rapporto dipendeva da inadempimenti contrattuali del privato, benché, poi, essa venne successivamente estesa anche alle ipotesi in cui la revoca interveniva per sopravvenuti motivi di interesse pubblico¹¹⁸.

Ed infatti, almeno per tutti gli anni Venti, proprio il terreno delle concessioni fu quello in cui più spesso si preferì il criterio del *petitum formale* a quello della *causa petendi*, sì che il giudice ordinario era chiamato a pronunciarsi in tutte le occasioni di danno cagionato dagli atti imperativi e discrezionali di cessazione della concessione, quale che fosse la motivazione posta a fondamento¹¹⁹.

Ferme dunque le elaborazioni giurisprudenziali, l'opinione negatrice del contratto di diritto pubblico si andò generalizzando anche tra i giuristi, che si dimostrarono sempre più propensi ad utilizzare lo schema ricostruttivo elaborato dalla Cassazione, così prossimo, del resto, a quello cui pervenne, in epoca parzialmente più tarda, la stessa dottrina tedesca.

In Germania, infatti, nonostante la riconosciuta ammissibilità dell'*öffentlicher Vertrag*¹²⁰, sopravvissero alcune posizioni anticontrattualiste, che, diedero vita, soprattutto a partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta, alla c.d. *Zweistufentheorie*¹²¹.

¹¹⁷ Si tratta delle note sentenze del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione (Cons. Stato, Ad. plen., nn. 1-2/1930 e Cass., Sez. Un., n. 2680/1930), che recepirono il criterio di riparto proprio sulla posizione giuridica soggettiva fatta valere, propugnato dalla Cassazione (Cass., Sez. Un., n. 460/1891, c.d. *caso Laurens* e n. 428/1897, c.d. *caso Trezza*), secondo cui il giudice amministrativo sarebbe stato il giudice di quelle nuove posizioni di interesse non protetto come diritto soggettivo, mentre quest'ultimo sarebbe rientrato stabilmente nella tutela accordata dal giudice ordinario. Cfr. M. D'AMELIO, S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, pp. 181 ss.

¹¹⁸ «Per esprimere con precisione il concetto, si può dire che, trattandosi di un rapporto complesso e misto, di diritto pubblico e di diritto privato, vi è una duplice categoria di elementi legittimatori della sua risoluzione. Dal punto di vista del diritto pubblico, può avvenire che ragioni imperiose di pubblica necessità, costituenti una specie di forza maggiore politica o amministrativa, impongano la cessazione del servizio pubblico che è oggetto della concessione; ciò rende legittima la revoca, sovrastando naturalmente la ragione d'ordine pubblico al vincolo contrattuale. Dal punto di vista del diritto privato, la legittimità della revoca può dipendere da fatti o da omissioni del concessionario, che rendano inadempito o male adempito il servizio, o insufficiente ai suoi fini, o ne compromettano gravemente la continuità e la sicurezza». Cass. Roma, 9 febb. 1918, in *Foro it.*, 1918, I, p. 487, cit. in M. D'ALBERTI, *op. ult. cit.*, p. 206.

¹¹⁹ E del resto l'obbligo stesso per l'amministrazione di motivare il proprio atto di revoca fu uno dei risultati più importanti cui pervenne la giurisprudenza della Cassazione in quegli anni. Cfr. M. D'ALBERTI, *op. ult. cit.*, p. 190 e ss.

¹²⁰ Nella manualistica la categoria godeva ormai di un proprio spazio di autonoma trattazione. Si veda, H. PETERS, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Berlin, 1949 e E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, I, München, 1950.

¹²¹ Il riferimento va a H.P. IPSEN, *Öffentlicher Subventionierung Privater*, Berlin- Köln, 1956. Si vedano, altresì, le ricostruzioni offerte da A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, *op. cit.*, p. 51 e ss.

In continuità con il dogma dell'indisponibilità del potere pubblico, si delinearono, anche qui, costruzioni composite e duali, basate sulla combinazione del provvedimento e del contratto, a congiunzione, non fusione, dell'unilateralità e della contrattualità.

Il tentativo era quello di superare l'inadeguatezza dell'atto amministrativo a fare propria la convergenza, a un tempo, dell'autorità e del consenso nel rapporto pubblico-privato. Il ruolo principe veniva svolto, anche qui, dall'atto unilaterale dell'amministrazione, istitutivo del rapporto medesimo (*primäre Stufe*), che riceveva quindi regolamentazione e disciplina per via contrattuale (*sekundäre Stufe*).

Al contratto di diritto pubblico, accessivo al provvedimento, veniva perciò demandata la disciplina dei diritti e delle obbligazioni delle parti, in vista della composizione degli interessi pubblici e privati sottesi alla fattispecie

In Italia, dunque, la nuova teoria provvedimental-contrattuale fu di matrice essenzialmente giurisprudenziale. Bisognerà invece aspettare la fase repubblicana perché la dottrina riprenda in mano il suo ruolo di principale costruttore dogmatico dei rapporti tra pubblico e privato, e la completa maturazione del rifiuto del contratto di diritto pubblico giungerà a compimento solo negli anni '60¹²².

Tuttavia, quale che sia stata, in questa fase, la sorte delle teorie sul negozio pubblicistico dell'amministrazione, ad esse vanno comunque riconosciuti alcuni meriti: da un lato il non aver ceduto interamente al diritto civile forme di negoziazione del potere pubblico, dall'altro l'aver riconosciuto forme di garanzia più estese anche per il privato, non più in posizione di completa subordinazione rispetto a manifestazioni unilaterali del potere autoritativo.

3.1. La congiunzione provvedimento-contratto in P. Virga e F. Gullo.

Fu, anzitutto, P. Virga a preferire la categoria delle concessioni-contratto¹²³.

Ritenute non decisive le argomentazioni tradizionali volte a confutare l'esistenza del contratto pubblicistico, quali la disuguaglianza delle parti, la condizione di monopolio nella quale opererebbe la p.a., la stessa inconciliabilità dei poteri di autotutela con la stabilità del vincolo contrattuale, e, infine, la predeterminazione del contenuto dei

¹²² Ancora negli anni '50, infatti, la dottrina del diritto amministrativo italiano conosceva, allo stesso tempo, momenti di continuità rispetto al contratto di diritto pubblico e moti di netta rottura. I primi sono senza dubbio ancora fortissimi in A.M. Sandulli, il quale forniva una nozione del contratto di diritto pubblico scevra da ogni dubbio e perplessità; per cui esso ricorreva «tutte le volte che un effetto giuridico sia dall'ordinamento collegato all'incontro di due o più volontà omogenee mosse da interessi contrapposti e dotate di pari potere determinante in ordine all'effetto». Tuttavia, già in questo autore si nota un distacco rispetto alle convinzioni della prima dottrina. Sandulli, infatti, ammette che il regime giuridico applicabile a tali convenzioni sia pur sempre quello di diritto comune, in mancanza di una disciplina specifica di matrice pubblicistica. Si veda A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1954, p. 200.

¹²³ P. VIRGA, *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 979 e ss.

contratti in questione da parte della legge¹²⁴, Virga procedeva ad una nuova impostazione del problema.

Ed infatti, egli affermava, «non si tratta già di stabilire se lo schema del contratto di diritto privato sia o meno applicabile ai rapporti regolati dal diritto amministrativo, sibbene di risolvere il quesito se l'esercizio di pubbliche potestà, in cui si sostanzia il provvedimento amministrativo, possa essere rimesso oltre che alla volontà degli organi pubblici, alla volontà dei soggetti privati che vengano a contatto con la p.a.».

Egli, quindi, fondava la propria risposta negativa su due ordini di considerazioni.

Anzitutto, la disposizione giuridica del potere pubblico da parte dei privati non poteva aversi perché questi «a differenza dell'organo pubblico, perseguono interessi particolaristici». In secondo luogo, sarebbe da negarsi in radice la stessa figura del contratto di diritto pubblico poiché non sarebbe ammissibile «un incrocio contrattuale di facoltà eterogenee quali sono, da un lato, i diritti soggettivi dei privati e, dall'altro, la pubblica potestà dell'organo pubblico»¹²⁵.

E dunque, uno schema contrattuale nell'incrocio del potere dispositivo di propri diritti da parte del privato e il potere coattivo dell'amministrazione sarebbe da escludersi *tout court*.

L'inconfigurabilità, del resto, non atteneva al solo momento genetico del rapporto, come pure era stato già osservato, ma si rifletteva anche nell'esecuzione dello stesso, quanto, soprattutto alla disciplina applicabile. Se, infatti, si fosse trattato di veri e propri contratti, avrebbe dovuto trovare applicazione l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, tipica del contratto a prestazioni corrispettive, e, per contro, avrebbero dovuto essere esclusi i poteri di revoca e ritiro dell'amministrazione. Ed invece, nei casi in cui viene ravvisato il contratto di diritto pubblico, la cessazione degli effetti del

¹²⁴ Tali tesi sarebbero state, infatti, ampiamente confutate da diversi autori, i quali avrebbero giustamente osservato che anche nei rapporti contrattuali tra privati, le parti possono essere in posizione di disparità; che anche i privati possono agire in condizione di monopolio nella conclusione di alcuni contratti; ed ancora, che anche i contratti di diritto privato possono essere, in taluni casi, predeterminati nel loro contenuto dalla legge e, infine, che anche la modifica o il recesso dal vincolo contrattuale può intervenire su richiesta di una soltanto delle parti. Cfr. P. VIRGA, *Contratto (diritto amministrativo)*, op. cit., p. 980-981. A queste confutazioni ne *Il Provvedimento amministrativo* del 1956 - qui analizzato nella seconda versione del 1972, che non registra, sul punto, modificazioni - egli aggiungeva quelle relative all'assenza di patrimonialità delle prestazioni nel contratto di diritto pubblico, registrando come sia stato pure obiettato che tale connotato non costituisca un elemento essenziale ed indefettibile che solo per alcune tipologie contrattuali di diritto comune. Il riferimento compiuto da Virga è alle tesi di U. FORTI, in *Diritto Amministrativo II*, Napoli, 1945, p. 82 e ss; C. VITTA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 1955 p. 395 e ss; M. GALLO, *Contratto di diritto pubblico*, in *Nss. Dig. It.*, IV, p. 645; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1971 p. 300; A. TESAURO, *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1961, p.3. In particolare, quest'ultimo offrì una definizione di contratto di diritto pubblico, ravvisandolo in ogni «accordo di due o più soggetti, che nei casi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla costituzione o dalla legge è diretto a costituire, modificare o estinguere una situazione ed in particolare un rapporto che riflette l'esercizio di un potere amministrativo» (p. 12).

¹²⁵ P. VIRGA, *Il Provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 140

rapporto non poteva mai dipendere da una manifestazione unilaterale del privato, ma solo da un atto di revoca del soggetto pubblico¹²⁶.

Tutto ciò, d'altra parte, non escludeva, secondo l'autore, che la p.a. potesse comunque «subordinare la determinazione del contenuto del proprio provvedimento autoritario ad un accordo con altro ente pubblico¹²⁷, ovvero ad una convenzione con i privati», purché la «volontà costitutiva del rapporto» fosse sempre riconducibile al provvedimento dell'autorità¹²⁸.

L'accordo o la convenzione, ma anche il semplice consenso del privato si ponevano, allora, come un «presupposto di legittimità» oppure come un «requisito di efficacia» del provvedimento, a seconda che essi intervenivano o prima o dopo l'emanazione dell'atto medesimo.

Così, sarebbero presupposto legittimante l'atto dell'autorità, o meglio, atto procedimentale di formazione della volontà amministrativa, le convenzioni sottoscritte dai privati prima dell'approvazione dei piani di lottizzazione, gli accordi amichevoli per la determinazione delle indennità di espropriazione e l'adesione preventiva del privato al concordato tributario. Andrebbero, viceversa, intesi quali requisiti di efficacia le manifestazioni di consenso del privato successive al provvedimento stesso, come l'accettazione del decreto di nomina nel pubblico impiego.

Agli accordi ed alle convenzioni patrimoniali si applicavano, quindi, i principi generali in materia di obbligazioni, ed in particolare *l'exceptio inadimplenti contractus* e le norme sulla risoluzione (anche per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione) e la rescissione.

Dalle fattispecie sin qui descritte divergevano, invece, le c.d. concessioni-contratto. Secondo il Virga, era proprio in questo caso che si realizzava la costruzione provvedimental-contrattuale, propria della teoria del doppio grado, poiché «all'atto amministrativo costituente il provvedimento di concessione vera e propria, si ricollega un rapporto contrattuale da cui derivano per le parti diritti ed obblighi reciproci»¹²⁹.

La caratteristica essenziale della figura stava, quindi, nella stessa connessione fra il provvedimento amministrativo ed il contratto, «in quanto il vincolo contrattuale prende vita da un provvedimento amministrativo di concessione e la sua esistenza è condizionata alla permanenza del provvedimento stesso». Il contratto, destinato a regolare i diritti e gli obblighi reciproci delle parti, era «distinto, anche se collegato al provvedimento amministrativo»¹³⁰.

Così, se l'amministrazione, per sopravvenute ragioni di interesse pubblico, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, revocava unilateralmente il proprio provvedimento, ciò avrebbe inciso inevitabilmente anche il vincolo contrattuale.

¹²⁶ P. VIRGA, *Contratto (diritto amministrativo)*, op. cit., p. 983

¹²⁷ Il Virga identifica gli accordi pubblicistici, conclusi tra soggetti pubblici, con l'atto complesso, o meglio con l'atto a complessità esterna di Zanobini. Cfr. P. VIRGA, *op. ult. cit.*, p. 980.

¹²⁸ P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., p. 140.

¹²⁹ P. VIRGA, *Contratto (diritto amministrativo)*, op. cit., p. 985.

¹³⁰ *Ivi*.

Ma è il lavoro di F. Gullo a rappresentare la piena maturazione della teoria del doppio grado.

Anche questi parte dalle posizioni negazioniste del Guicciardi, fondate sulla radicale incompatibilità tra la stabilità del vincolo contrattuale e la precarietà che caratterizza, invece, l'esercizio del potere pubblico¹³¹. Di qui la necessaria affermazione che il contratto di diritto pubblico era figura aliena, che non poteva avere giustificata presenza nel mondo delle relazioni tra il pubblico ed il privato e, dunque, che il problema dogmatico era frutto di un'errata impostazione concettuale e teorica, essendosi confusa la questione del contratto *di* diritto pubblico, con quella del contratto *nel* diritto pubblico¹³².

Ne discendeva una riformulazione della questione, da orientare non nel senso della strutturazione di una nuova fattispecie, ma nella possibile collocazione del contratto, quale istituto già definito ed autosufficiente, nei rapporti amministrativi.

E del resto, l'aver ripristinato il contratto nella sua univocità concettuale non significava ammetterne un accesso indiscriminato nel campo del diritto pubblico, né tantomeno concepire che esso potesse sostituirsi al provvedimento, ché, al contrario quando si rendeva necessario disporre in ordine alla cura di interessi pubblici, ritornava «l'esigenza che in ordine ad essi si disponga con le cautele e le garanzie che solo assicura l'imprescindibilità di provvedere mediante atti amministrativi»¹³³.

La necessaria interdipendenza tra la natura pubblica dell'oggetto di cui si deve disporre, ed il regime giuridico ugualmente pubblico degli atti di disposizione induce l'autore a dover inevitabilmente accogliere la teorica della concessione-contratto.

Esclusa, infatti, la figura del contratto di diritto pubblico, escluso, altresì, che l'amministrazione potesse disporre di beni e servizi pubblici mediante il contratto di diritto privato, si rendeva necessaria l'intermediazione del provvedimento, sì da giungere ad una costruzione dualistica in cui la fonte delle obbligazioni dell'amministrazione e del concessionario era da rinvenire nel contratto, accessorio al provvedimento unilaterale di concessione, dal quale sorgevano, invece, le principali posizioni di vantaggio per il privato – diritto allo sfruttamento e attribuzione del risultato economico della concessione.

3.2. *Il contratto ad oggetto pubblico di M.S. Giannini.*

Il percorso di negazione del contratto di diritto pubblico, che la dottrina italiana stava compiendo, fu arricchito, di lì a poco, dai contributi di M.S. Giannini.

¹³¹ Cfr F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, in particolare, p. 286 e ss.

¹³² *Ivi*, p. 284. Si noti che questo adagio ritornerà anche negli scritti di M.S. Gianni, sul quale v. *infra*.

¹³³ *Ivi*, p. 273.

Giannini¹³⁴ maturava la sua posizione sul problema a partire dal netto rifiuto di categorie intermedie tra il contratto di diritto privato ed il provvedimento amministrativo.

Non si davano, cioè, nell'attività amministrativa "negozi amministrativi", "negozi pubblici", "atti amministrativi negoziali", né, infine, "concessioni-contratto": esse erano costruzioni dottrinali di atti giuridici, che più facilmente avrebbero potuto spiegarsi con la loro riconduzione ora al contratto ora al provvedimento. Il ricorso a figure miste ed intermedie era ammissibile solo come *extrema ratio*, quando, cioè, non sarebbe stato possibile spiegare altrimenti un istituto alla luce di uno solo dei due generi di partenza. Ed invero, nell'ambito dei contratti dell'amministrazione, «le norme generali del diritto civile e amministrativo permettono spiegazioni complete delle fattispecie»¹³⁵, che si possono prestare anche per le ipotesi più complesse.

Con l'avvertenza, dunque, che era impossibile nel nostro ordinamento «una obbligazione di emanare un provvedimento»¹³⁶ e che il contratto di diritto pubblico appariva piuttosto una «pseudonozione»¹³⁷, il frutto di un equivoco, essendosi semplicemente confuso – e qui ritorna l'adagio che si ritrova anche in Gullo – il contratto *di* diritto pubblico con il contratto *nel* diritto pubblico, Giannini procedeva ad una sistemazione tendenzialmente completa del reticolo dei rapporti convenzionali amministrativi.

E' dato così individuare quattro tipologie di contratti: contratti ordinari, contratti speciali, contratti ad evidenza pubblica, e, infine, contratti ad oggetto pubblico¹³⁸. Ciascuna di esse si spiega per l'esistenza, o meno, di un particolare rapporto con il provvedimento amministrativo

Tralasciando i primi tre, è quest'ultima categoria che, nel pensiero di Giannini, si poneva come alternativa alla discussa figura del contratto di diritto pubblico.

Il contratto è, dunque, ad oggetto pubblico quando abbia un oggetto che sarebbe impossibile dedurre in un contratto tra privati, trattandosi di un bene di cui solo l'amministrazione può disporre¹³⁹.

¹³⁴ M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962.

¹³⁵ *Ivi*, p. 41.

¹³⁶ *Ivi*, p. 18.

¹³⁷ *Ivi*, p. 86.

¹³⁸ *Ivi*, p. 42. Ciascuna di queste tipologie si spiega in ragione dell'esistenza, o meno, di un peculiare rapporto con il provvedimento amministrativo. Così, quest'ultimo è del tutto assente nei contratti ordinari, posti in essere dall'amministrazione come un qualsiasi soggetto di diritto privato (p. es., i contratti di economato). E' invece possibile rinvenirlo in parallelo ai c.d. contratti speciali, ossia quei contratti che possono essere conclusi solo dalle pubbliche amministrazioni, tra di loro (come i contratti di associazione tra enti pubblici) o con i privati (come i contratti di prestito pubblico o di affitto di alloggio popolare), i quali, in ragione di tale specificità, sono parzialmente retti da una disciplina pubblica e di tipo speciale. Il provvedimento, infine, spiegherebbe una specifica e propria funzione nei contratti ad evidenza pubblica, assoggettati alla legge di contabilità pubblica, in quanto volto ad evidenziare i motivi di interesse pubblico che stanno a fondamento dei contratti medesimi (cfr. p. 43 e ss.).

¹³⁹ *Ivi*, p. 86 e ss.

L'aspetto problematico della questione è dato dal rapporto tra la natura giuridica pubblica del bene oggetto di disposizione e la possibile natura privatistica dell'atto impiegato dall'amministrazione, correlazione che era invece stata negata da Gullo.

E' stato tuttavia notato, che, in realtà, ciò che consente a Giannini di realizzare un sistema coerente è, ancora una volta, l'elemento del collegamento tra il contratto ad oggetto pubblico ed il provvedimento amministrativo¹⁴⁰. E' proprio questo collegamento, infatti, che consente al provvedimento di assorbire in sé la cura dell'interesse pubblico, e al contratto di mantenersi sui profili patrimoniali del rapporto.

In altre parole, proprio perché l'elemento pubblicistico della fattispecie continua a concentrarsi nel provvedimento, che Giannini è in grado di giustificare la collocazione del contratto esclusivamente nel campo del diritto privato, senza però riuscire a sfuggire alla costruzione dualistica del doppio grado. Ed infatti, lo stesso Giannini avrà successivamente occasione d'affermare come, in realtà, ci si trovi in presenza di «fattispecie globali», di fattispecie «composte di contratti e provvedimenti amministrativi insieme»¹⁴¹.

Si individuavano, dunque, le tre tipologie di contratti ad oggetto pubblico: accessivi, ausiliari e sostitutivi, a seconda del diverso modularsi del criterio del collegamento.

Nei contratti accessivi si ritrova proprio lo schema della *Zweistufentheorie*: qui il collegamento tra provvedimento e contratto è nel senso che il primo condiziona l'esistenza del secondo, ma non viceversa. Tale costruzione è applicata alle concessioni di beni e di servizi pubblici.

I contratti ausiliari sono del tutto simili, ma si differenziano per la circostanza che la presenza del contratto è qui solo facoltativa, trattandosi di contratti attuativi di provvedimenti che possono già essere completi ed esaurienti in ogni loro parte¹⁴².

Ma il quadro muta notevolmente, laddove si passi a considerare la terza tipologia, nella quale i contratti si sostituiscono interamente al provvedimento. Esempio tipico è rappresentato dalle convenzioni urbanistiche. In questo caso l'amministrazione «non rinuncia ai poteri di diritto pubblico...e il diritto di recesso sembra si possa ritenere implicito», dovendo «intendersi valida sempre...la *clausola rebus sic stantibus*».

D'altra parte, Giannini si preoccupò di tenere distinti dai contratti sostitutivi, i contratti alternativi ai provvedimenti. Presupposto per tali contratti è una determinazione discrezionale dell'amministrazione, che può avere anche valenza interna, e con la quale l'amministrazione sceglie «la strada contrattuale anziché quella procedimentale», ma, in tal caso, essa agirà come un semplice privato¹⁴³.

Si potrebbe concludere questa breve rassegna, osservando, con Greco, che se ciò che permette di mantenere in piedi la costruzione del contratto ad oggetto pubblico è

¹⁴⁰ G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, op. cit., p. 142.

¹⁴¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, p. 740.

¹⁴² Successivamente, Giannini riconoscerà che i contratti ausiliari si pongono in rapporto di contiguità con gli accordi procedimentali, dai quali non sarebbe sempre agevoli distinguerli. Cfr. *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 790.

¹⁴³ M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, p. 115.

proprio il criterio del collegamento tra provvedimento e contratto, venuto meno il primo, non sarebbe poi del tutto assurdo ravvisare nei contratti sostitutivi di Giannini altrettanti contratti di diritto pubblico¹⁴⁴.

3.3. *Le analisi di F. Ledda.*

Sintesi del dibattito dottrinale italiano ed internazionale sino a quel momento compiuto, anche il lavoro di F. Ledda si poneva in aperta critica con il contratto di diritto pubblico¹⁴⁵.

Alla base della tesi demolitrice di tale fattispecie vi era una ribadita inconciliabilità tra l'autonomia negoziale, propria del contratto, ed il vincolo di scopo che connota, all'opposto, l'azione amministrativa.

L'antitesi tra la libertà privata e la doverosità dell'azione amministrativa, sussistente anche laddove questa presenti margini di discrezionalità, non consentirebbe dunque, il convergere in un unico atto di elementi negoziali ed autoritativi: una costruzione «pseudocontrattuale» di questo tipo, in cui il contratto è un «negozio...solo per metà», non poteva che essere respinta. Conseguentemente, veniva esclusa in radice la possibilità che il collegamento tra il provvedimento e il contratto potesse essere interno alla fattispecie. Ciò che – è stato notato – avvicinerrebbe Ledda alle posizioni di Giannini, in particolare, e alla teoria del doppio grado, in generale¹⁴⁶.

D'altra parte, secondo Ledda, le aporie della tesi del contratto di diritto pubblico potevano apprezzarsi non solo sotto il profilo strutturale, ma anche dal punto di vista funzionale. Contratto e provvedimento resterebbero tra loro antitetici, poiché mentre il primo tende ad una composizione degli interessi coinvolti, il secondo è di necessità orientato alla prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi privati, che con esso confliggono.

Sarebbero quindi destituite di fondamento anche quelle tesi che ravvisano la presenza e la cura dell'interesse pubblico nella causa del negozio bilaterale.

Una simile operazione, che sul piano giuridico si traduce nel riconoscimento della funzione esercitata dal negozio e, dunque, nella configurazione dell'interesse pubblico come motivo necessariamente comune alle parti, si porrebbe in contrasto con il concetto stesso di contratto.

Ledda, infine, pone a sostegno della sua critica la mancanza di una “norma-base”, ovvero di un principio di generale dell'ordinamento, che legittimi la figura del contratto di diritto pubblico ed attribuisca efficacia vincolante al regolamento negoziale, frutto di un preteso incontro tra potere autoritativo ed autonomia negoziale. Se ne doveva

¹⁴⁴ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. SCOCA, F.R. MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 37.

¹⁴⁵ F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, *op. cit.*, in particolare, p. 49 e ss.

¹⁴⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, *op. cit.*, p. 65.

dedurre che «il contratto di diritto pubblico...non costituisce una figura a sé stante e neppure una specie della figura generale, poiché non trova nel diritto pubblico il proprio fondamento né una propria particolare disciplina: esso è il residuo di concezioni ormai del tutto superate»¹⁴⁷.

4. L'attività consensuale della Pubblica amministrazione.

Ma «il diritto pubblico è la celebrazione della finzione che avvolge i rapporti e il gioco delle parti nello spazio», e le sue figure «sono il frutto di conciliazioni forzate tra elementi antinomici, i quali, secondo la loro natura e i loro originari significati, resterebbero volentieri l'uno di fronte all'altro, come esseri che non si comprendono perché appartengono ad ordini ed epoche differenti »¹⁴⁸.

All'inizio il diritto pubblico, lo abbiamo visto, fu pensato e spiegato come un grande rapporto di subordinazione, come negazione di rapporti paritari tra lo Stato e i singoli, secondo una chiara, univoca ed ordinata immagine gerarchizzante, in cui l'*imperium*, infuso nella nuova entità sovrana, si diffondeva indistintamente e secondo una direzione verticistica su tutti i sudditi. Ma ciò corrispondeva alle esigenze dei tempi, contro la vocazione profonda alla lotta politica ed all'atteggiamento diffuso di sopraffazione tra classi, che resero necessari nuovi strumenti di pacificazione, in cui la volontà dello Stato assoluto e di polizia si propagava mediante atti *iure imperi*, slegati dal rispetto di regole giuridiche, a mantenimento di un ritrovato ed irrinunciabile ordine pubblico.

Per ideare e consacrare il nuovo Stato di diritto, si dovette, poi, piegare la pervasiva autorità del soggetto pubblico alla proclamata libertà civile del singolo, e mentre il diritto pubblico, espresso ora in atti unilaterali, si faceva forma giuridica, a garanzia dell'individuo e controllo del potere, la figura del contratto riemergeva progressivamente, presentandosi come l'arnese migliore per superare il conflitto nascente. Che, poi, esso fosse di diritto privato, di diritto pubblico ovvero accessivo ad un provvedimento amministrativo, ciò dipendeva dalla sensibilità maggiore o minore delle ricostruzioni dogmatiche del momento, rispetto ad ideali statali o liberali.

Ma fu tra gli anni Cinquanta e Sessanta, chiusa la fase storica delle Grandi Guerre, che l'avvento della società pluriclasse e la realizzazione di alcuni "miti", come il suffragio universale ed il principio democratico pluralistico, mutarono ancora una volta il quadro di riferimento per il diritto pubblico¹⁴⁹.

¹⁴⁷ F. LEDDA, *op.ult. cit.*, p. 82.

¹⁴⁸ G. BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 2, 1996, p. 273. Quanto alle finzioni nel linguaggio giuridico e alle mistificazioni nel diritto, l'A. qui rinvia a H. Kelsen, *teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. Milano, Etas Libri, 1963, p. 149 e ss., p.188 e ss., p. 229 e ss.; ID. *La dottrina pura del diritto* (1960), tra. it. Torino, Einaudi, 1975, p. 186; 278 e ss.; 332 e ss.; M. S. GIANNINI, *Carattere delle costituzioni moderne*, in A.N.P.P.I.A. (a cura di), *La Costituzione italiana*, Milano, 1978, p.68 e ss.

¹⁴⁹ E. FORSTHOFF, *La Repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p.547 e ss.; ID., *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1973; M.S.

Nella stessa Costituzione vi era, del resto, una fusione tra elementi propri dello Stato di Diritto e tratti del nuovo Stato Sociale, tra principi liberali e principi democratici.

Se, così, per mezzo dei primi veniva garantita la libertà individuale, in virtù dei secondi si rendeva anche l'individuo partecipe e corresponsabile del benessere della collettività. Questi, dunque, non più soltanto utenti dei servizi, doveva cooperare all'attività amministrativa¹⁵⁰, e il suo apporto diveniva essenziale per la realizzazione dell'interesse pubblico.

La proliferazione dei gruppi e degli organismi sociali, nonché dei valori, degli interessi e delle istanze di cui erano portatori attecchiva su un terreno amministrativo nuovo, in cui la pubblica amministrazione, da un lato, registrava un'espansione dei servizi pubblici e, dall'altro, conosceva un ingigantimento dei propri apparati, delle proprie funzioni e, ancora una volta, un significativo mutamento del proprio *modus agendi*. Il disegno teorico elaborato dalla Scuola delle Pandette non reggeva più¹⁵¹.

Venivano allora valorizzati, ancor di più, la ricerca del consenso e l'accordo con il privato, nel quale potevano ormai convergere la discrezionalità amministrativa e l'autonomia negoziale del singolo. Si era portati di necessità ad affermare, infatti, che l'amministrazione, anche quando si accorda ed utilizza strumenti privatistici, resta funzionalizzata all'interesse pubblico e soggetta a regole generali diverse da quelle previste per i privati. L'attività amministrativa di diritto privato non era perciò libera, o meglio, non era «manifestazione di intrinseca libertà di soddisfacimento dei propri interessi»¹⁵², com'è proprio dell'autonomia negoziale del singolo, ma veniva caratterizzata da «dinamiche necessitanti» e doverose¹⁵³. Anche l'attività amministrativa di diritto privato veniva dunque ad essere connotata da quell'imparzialità, di matrice costituzionale e derivante direttamente dal fine pubblico¹⁵⁴, che la rendeva uno

GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, p. 389 e ss; A. M. SANDULLI, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963, p. 8 e ss..

¹⁵⁰ S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 81.

¹⁵¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 63 e ss.

¹⁵² F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1987, p. 156 e ss., secondo il quale vi è sempre un provvedimento amministrativo che fissa le finalità (pubbliche) del negozio dell'amministrazione.

¹⁵³ Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 e ss.

¹⁵⁴ L'affermazione di una generale capacità di diritto privato dell'amministrazione non impediva, al tempo stesso, l'esclusione del riconoscimento dell'autonomia negoziale in capo ad essa. Se perciò il contratto si poneva in violazione del "vincolo di scopo", esso era da ritenersi nullo, per violazione di una norma imperativa di legge, ex art. 1418 c.c.. Veniva in tal modo respinta la tesi classica (Giannini), secondo cui l'amministrazione era dotata di autonomia privata, sol perché persona giuridica, ed alla quale si sarebbe aggiunto un connotato di specialità nei soli casi in cui agiva come autorità. Su questi temi, cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 114 e 186; M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, op. cit., p. 20 e ss.. Va precisato, tuttavia, che questi offrirà successivamente una definizione di autonomia privata che marginalizza la nozione di libertà, sì da intenderla piuttosto come un potere dell'amministrazione di autoregolamentazione di "propri" interessi (ove questi ultimi sono propri in senso lato, in quanto appartenenti alla comunità degli amministrati), molto più prossima al concetto stesso di discrezionalità amministrativa. Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 496-498. Sul tema della doverosità della condotta dell'amministrazione, si veda, anche A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa, ad vocem*, in *Enc. Dir.*,

strumento volto, con l'ausilio del privato, «a favorire o a procurare il soddisfacimento di bisogni della totalità dei membri dello Stato, presentando al corpo sociale utilità e servizi»¹⁵⁵. Ed allora lo stesso procedimento amministrativo si rendeva necessario, proprio perché l'amministrazione potesse comporre il conflitto tra l'interesse pubblico, l'interesse individuale ed i diritti dei terzi, secondo un complessivo ideale di giustizia¹⁵⁶.

4.1. *Il procedimento amministrativo tra «autorità e contrattazione» in F.P. Pugliese.*

Le teorizzazioni di Pugliese¹⁵⁷ si collocano in un contesto dogmatico in cui la costruzione duale provvedimento-contratto mantiene ancora una certa validità. Tuttavia questi, pur non celando un'apertura verso di quella, la ritiene ininfluenza ai fini della propria trattazione.

L'impostazione offerta è del tutto nuova e l'angolo prospettico del tutto differente rispetto al passato. Ciò che è importante per Pugliese, infatti, non è tanto l'atto nel quale si concretizza l'accordo tra amministrazione e privato, che può essere sia di diritto pubblico, che di diritto privato, o più facilmente, di natura mista, ma è il procedimento amministrativo in sé considerato, nel quale convivono «autorità e contrattazione».

Mutuando, infatti, gli studi di Benvenuti sulla funzione e la funzionalizzazione dell'attività amministrativa, e dunque, spostando la propria attenzione dall'atto all'attività, Pugliese ritiene veramente fondamentale, ai fini della propria elaborazione, il momento procedimentale, che può davvero dare luogo ad una formulazione contrattata del contenuto del rapporto tra pubblico e privato.

Nella progressione procedimentale prenderebbero infatti corpo, a un tempo, la funzione di evidenza pubblica, a tutela dell'interesse pubblico, la funzione di contrattazione, per saggiare la consistenza dell'interesse privato, e, infine, la funzione di composizione, mediazione e coordinazione tra il primo ed il secondo, alla luce di tutti quegli altri interessi, ancora una volta pubblici e privati, emersi nel corso dell'*iter* procedimentale stesso. Ne risultava un valore altamente programmatico anzitutto del

XIII, 1964, p. 79; F. G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 26 e ss.; E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, vol. I, Rimini, Maggioli, 1983, p. 75 e ss.

¹⁵⁵ U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, pag. 158.

¹⁵⁶ Trai primi studi sul procedimento amministrativo si possono citare U. FORTI, "Atto" e "procedimento" amministrativo, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, I, p. 349 e ss.; G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo*, in *Foro it.*, 1933, III, p. 375 e ss.; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 e ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1964; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1964; ID *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in S. CASSESE, *Il privato e il procedimento*, in *Arch. giur.*, 1-2, 1970, p. 25 e ss. *Quad. Formez*, I, 1981, p. 21 e ss.; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento*, Milano, Giuffrè, 1969.

¹⁵⁷ F. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1469 e ss.

procedimento in sé, e quindi della fattispecie mista, data dal provvedimento e dal contratto aggiuntivo, nella quale esso sfociava, e che andava a disciplinare il rapporto giuridico e la susseguente attività del privato.

Esempi venivano ravvisati dall'autore nell'espropriazione per pubblica utilità, e, in particolare, in quei procedimenti che terminavano con un accordo bonario; in quelli che davano luogo a concessioni-contratto, con le quali si riconosceva ai privati il diritto di trarre utilità esclusive da determinati beni pubblici, oppure si concedeva loro la costruzione e la gestione di opere pubbliche, come le concessioni concernenti il demanio marittimo e quelle di costruzione e gestione delle ferrovie.

Analogo esempio, si ritrovava inoltre nel concordato tributario, e, infine, a proposito delle convenzioni urbanistiche, dove, attraverso il procedimento, «commisto di elementi negoziali ed autoritativi»¹⁵⁸, si formava un modello di disciplina dei rapporti urbanistici.

In tutti questi casi, l'amministrazione non si limita «a produrre un mero incremento patrimoniale a beneficio del privato, ma gli riferisce la cura di un interesse pubblico»¹⁵⁹, mentre il valore programmatico del procedimento starebbe proprio nel predisporre un modello di attività consensualmente definito, che il privato deve realizzare, perseguendo con ciò il proprio interesse ed al contempo soddisfacendo l'interesse pubblico riferitogli¹⁶⁰.

L'esito di questi procedimenti è dunque un modulo negoziale, che non è mai manifestazione di autonomia privata, ma mezzo di cura di interessi pubblici. E d'altro canto l'innesto del diritto privato nel diritto amministrativo non consumerebbe la potestà pubblica: se il privato non esegue il modello di comportamento, l'autorità può agire in autotutela. In tal modo, il potere di cura degli interessi pubblici, che si attua nel e con il procedimento resiste anche durante il successivo rapporto giuridico, a nulla rilevando la veste formale privatistica che assume l'atto fonte.

Ciò che è davvero significativo, allora, è che anche per il tramite di un atto formalmente privato, il singolo e l'amministrazione insieme continuano a curare gli interessi pubblici, di cui quest'ultima resta portatrice. Ed allora alla «formulazione contrattata» del contenuto del rapporto tra p.a. e privato, così delineata, l'amministrazione potrà procedere ogni qualvolta essa «sia spinta alla cura di interessi pubblici mediante sollecitazione e rappresentazione di interessi privati, e la realizzazione dei primi possa darsi mediante, e soltanto mediante, la soddisfazione di interessi privati»¹⁶¹.

Pugliese, nella sua trattazione, si sofferma, infine, anche su quello che noi oggi definiremmo il problema dei c.d. oneri esorbitanti e dell'equilibrio nel rapporto sinallagmatico tra p.a. e privato.

¹⁵⁸ *Ivi*, p. 1480.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 1483, in nota.

¹⁶⁰ Ci sembra doveroso notare come in queste parole riecheggino le prime intuizioni del Bodda, che ravvisava nella causa del contratto di diritto pubblico quell' "appagare un bisogno pubblico mediante la soddisfazione di un interesse privato". Si veda *supra*, par. 2.4.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 1489-1490.

Il suo monito sarebbe quello di non «intenerirsi troppo della situazione del misero privato vessato dall'amministrazione tirannica. Ci si ricordi che la tutela amministrativa invocata dal privato a favore del proprio interesse è un vero e proprio bene produttivo di ricchezza, eliminativo di concorrenza, attributivo di privilegi, giustificabili solo se ed in quanto tornino utili anche al pubblico e alla società: questo almeno in uno Stato cosiddetto sociale, altrimenti quegli atti amministrativi hanno lo stesso valore sociale dei privilegi concessi *au bon plaisir du roi* a spese della comunità»¹⁶².

4.2. Variazioni sul tema del contratto di diritto pubblico nella dottrina antecedente alla Legge sul procedimento amministrativo.

Nei quindici anni antecedenti all'entrata in vigore della Legge sul procedimento amministrativo si alternarono impostazioni differenti, di matrice pubblicistica o privatistica¹⁶³, mentre ormai iniziava ad essere recessiva la tesi dualistica.

Quest'ultima se pure aveva avuto il merito di mettere in evidenza la complessità della fattispecie, difettava di pregio in quanto aveva ritenuto necessario mettere insieme un provvedimento ed un contratto che non erano realmente tali, in quanto inidonei, da soli, a costituire il rapporto. Del resto, come si è visto, la teoria dualistica si ancorava più ad esigenze di riparto giurisdizionale che a reali pretese esegetiche, per cui essa aveva ormai esaurito la sua funzione, allorché la l. n. 1034/1971 istituiva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁶⁴.

¹⁶²Ivi, p. 1490. In queste parole si fa evidente la critica contro quella giurisprudenza che, facendo leva sul principio di legalità e sulle argomentazioni tratte dall'art. 23 Cost., escludeva che prestazioni personali o patrimoniali potessero essere richieste al privato se non nei casi espressamente previsti da una norma. Ne derivava la nullità di quelle clausole atipiche impositive di obblighi, previste in contropartita del rilascio di determinate autorizzazioni, licenze, concessioni da parte dell'amministrazione. Né d'altra parte – secondo questa giurisprudenza – poteva costituire un limite all'invalidità di tali clausole il consenso prestato dal privato, così come, d'altro canto, nessun potere coercitivo era riconoscibile all'amministrazione per ottenere l'adempimento di quegli stessi obblighi, in quanto pretesi al di fuori di ogni giuridica previsione. Cfr. Cass. Sez. un. civ., 31 maggio 1961, n. 1285, in *Foro It.*, 1961, I, p. 897; Cass. Sez. un., 16 giugno 1975, n. 2411, in *Giust. Civ.*, 1975. A medesime considerazioni si prestava anche il giudice amministrativo, cfr. TAR Molise, 27 maggio 1974, n. 1, in *Cons. Stato*, 1974, parte spec., p.138; TAR Friuli Venezia Giulia, 30 maggio 1974, *ivi*, p. 35. Per questi aspetti, si veda A. SCOGNAMIGLIO, *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1983, in particolare p. 301 e ss..

¹⁶³Oltre alle tesi degli autori che più avanti si analizzeranno, si veda V. M. TRIMARCHI, *Accordo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, 1958, p.297 e ss.; A. TESAURO, *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 1 e ss.; G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico. Strutture e tipi*, Milano, Giuffrè, 1978; S. A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1979; P. VAIANO, *Appunti in materia di convenzioni amministrative*, in *Studi per centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981, p. 645 e ss.; S. MUTI, *Introduzione allo studio delle convenzioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1984; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato (momenti di un itinerario tra pubblico e privato)*, Milano, Giuffrè, 1985; P. STELLA RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di G. Guarino), I, Milano, Giuffrè, 1986, p.396 e ss.; G. GRECO, *I contratti della pubblica amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986; D. SORACE-C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. Pubbl.*, III, 1989, p. 581 e ss.

¹⁶⁴Per questi aspetti, v. G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi – I) Profili generali*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1998, p. 3-4.

Sempre sul piano della legislazione, inoltre, la l. n.765/1967 aveva introdotto per la prima volta nell'ordinamento quelle convenzioni di lottizzazione già ampiamente diffuse nella prassi e sulla cui natura giuridica si concentravano ora le riflessioni della dottrina; mentre numerose convenzioni edilizie venivano previste dalla l. n. 167/1962 e dalla l. n. 10/1977¹⁶⁵. Tutto ciò dovette suonare come una vittoria per chi si era fatto portavoce della tesi della negoziabilità del potere pubblico. Tant'è che alcuni già iniziavano a chiedersi se non esistesse un principio generale che ammettesse la programmazione e l'attuazione consensuale dell'assetto urbano¹⁶⁶.

D'altro canto, anche la stessa giurisprudenza amministrativa si dimostrava propensa a riconoscere una certa rilevanza giuridica ai c.d. accordi ufficiosi, che, nella pratica, intercorrevano in funzione di codecisione tra amministrazione e privato nel corso del procedimento¹⁶⁷.

Se pure l'amministrazione poteva disattendere il contenuto di tali accordi, poiché la potestà pubblica incontra come unico limite la legge e non la volontà delle parti, in tali casi, essa sarebbe comunque tenuta ad una motivazione più specifica e dettagliata, a tutela dell'affidamento ingenerato nel privato, che ammette compromissioni solo al ricorrere di un interesse pubblico prevalente. Il che equivaleva a riconoscere una legittima aspettativa in capo al privato medesimo circa la ricezione nel provvedimento amministrativo del contenuto delle negoziazioni e delle trattative intercorse, e, specularmente, a individuare un preciso onere procedimentale in capo all'amministrazione. La tutela della posizione soggettiva del privato non si traduceva, pertanto, in forme risarcitorie, ma veniva garantita attraverso lo strumento dell'invalidità del provvedimento, sotto il profilo dell'eccesso di potere¹⁶⁸.

A ragione, allora, ammoniva M. Nigro: «solo il giurista attraverso i suoi “occhiali” deformati...riesce a vedere l'esercizio del potere pubblico come attività non dipendente da influenze esterne e soprattutto non “negoziabile”», mentre «se c'è qualcosa che, per

¹⁶⁵ Per una ricostruzione in termini storici delle convenzioni urbanistiche si rinvia al Cap. 3, Parte I del presente lavoro. Per il momento, basti qui citare V. MAZZARELLI, *Convenzioni e accordi amministrativi – III) Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1998, p. 1 e ss.; F. MERLONI, *La convenzione edilizia*, in *Foro Amm.* 1970, p. 668 e ss.

¹⁶⁶ M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO (a cura di) *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano 1978, e ora in *Scritti Giuridici*, t. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1307.

¹⁶⁷ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 347, n. 1.

¹⁶⁸ Di contrario avviso rimaneva invece la giurisprudenza della Cassazione, che in più di un'occasione ebbe a ribadire: «l'autorità deve svolgere la sua attività nel pubblico interesse, senza riguardi, sollecitazioni o compensi (che non siano tasse o altri contributi fissati dalla legge) e tale attività non può formare oggetto di mercanteggiamenti che ricadrebbero sotto le sanzioni della legge civile e di quella penale...Inoltre la convenzione che abbia ad oggetto...il rilascio di un provvedimento, oltre a non essere suscettibile di esecuzione in forma specifica, per la impossibilità di condannare l'amministrazione ad un *facere*, sarebbe viziata da causa illecita, perché la legge non prevede in nessun modo l'inserimento in un atto di autorizzazione di un contratto di diritto pubblico o privato che importi una obbligazione come corrispettivo della autorizzazione medesima». Così Cass. Sez. un. civ., 31 marzo 1967, n. 711, in *Foro It.*, 1967, I, p.926; ed in senso analogo, Cass. Sez. un. civ., 1 ottobre 1958, n. 3220, in *Foro It.*, 1959, I, p. 1876. Su questi aspetti, si veda A. SCOGNAMIGLIO, *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, *op. cit.*, in particolare p. 296 e ss..

natura sua, è elastico e trasformabile in relazione alle circostanze concrete, è invece proprio il potere»¹⁶⁹.

Questi dunque giungeva ad affermare a chiare lettere che «accordi intorno all'esercizio del potere» erano del tutto possibili, salva l'unica precisazione che «ogni obbligo il quale comporti un vincolo del potere [medesimo] è assunto sempre *rebus sic stantibus*»¹⁷⁰. Del resto occorreva superare anche l'astrazione, l'ideologia di un interesse pubblico nettamente scisso da quello privato: per poter spiegare la negoziazione del potere amministrativo, doveva piuttosto guardarsi all'interesse in concreto, ove «l'interesse privato è elemento essenziale di determinazione dell'interesse pubblico e viceversa»¹⁷¹. Con il contratto di diritto pubblico, secondo Nigro, si realizzava, allora, qualcosa di veramente democratico: l'amministrazione si collocava in posizione di parità rispetto al privato, mentre quest'ultimo ascendeva ad un livello superiore, rendendosi partecipe dell'azione amministrativa. E, dunque, il «riconoscere la soddisfazione dell'interesse privato come causa (concausa) dell'agire pubblico non dovrebbe scandalizzare nessuno»¹⁷².

Occorreva perciò anche passare dalla concezione di un'amministrazione «monodimensionale» a quella di un'amministrazione «pluridimensionale», da intendersi come un universo o un ordinamento che raccoglie in sé, per intero, una rete di rapporti intersoggettivi, che accumulano situazioni e pretese contrarie, sì da confliggere tra loro entro una sorta di circuito dialettico. Il soggetto pubblico diventava così espressione di questa sostanza conflittuale ed era portato, per necessità, al suo superamento, che, seppur sempre parziale, doveva essere conseguito con gli strumenti più appropriati¹⁷³.

Il contratto di diritto pubblico rappresentava, allora, anche secondo G. Berti, la soluzione più confacente. A differenza della via autoritativa e provvedimentale, il

¹⁶⁹ M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati*, op. cit., p. 1311.

¹⁷⁰ *Ivi*.

¹⁷¹ *Ivi*. Del resto, molti anni prima anche lo stesso Giannini aveva avuto modo di osservare che: «nella realtà un interesse pubblico non esiste mai solitario ma convive con altri interessi pubblici, collettivi e privati. Chiamiamo primario l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione o in competenza, secondari, per quella stessa autorità, gli altri interessi. Gli interessi secondari non giocano gli stessi ruoli. Taluni di essi hanno un ruolo di attenuazione dell'interesse primario; altri di rafforzamento; taluni sono così forti da impedire la stessa realizzazione dell'interesse primario; altri portano a soluzioni di compromesso. Più aumenta l'ampiezza delle scelte, più cresce il numero e la qualità degli interessi coinvolti». Cfr. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della P.A.*, Milano, Giuffrè, 1939. Pertinente, in questo contesto, ci sembra, del resto, anche la definizione che di fini pubblici dello Stato dà lo stesso Pugliese: «I fini dello Stato sono oggi i fini espressi dalle organizzazioni e dagli organismi sociali sociologicamente rilevanti; questi fini sono i loro interessi, gli interessi di cui sono portatori, e per i quali essi cercano in concorrenza tutela giuridica presso i pubblici poteri; il conferimento di questa tutela li giuridicizza secondo meccanismi tipici dell'ordinamento: tutela legislativa, tutela amministrativa, il più spesso entrambe; è in questo modo che nascono i cosiddetti fini pubblici o pubblici interessi, che, il più delle volte altro non sono che gli interessi di un gruppo sociale egemonico o di un organismo economico dominante». Cfr. F. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, op. cit., p. 1500. Cfr. altresì, A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 57e ss.; e per un quadro generale, E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, ad vocem, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972, p.2 e ss.

¹⁷² *Ivi*, p. 1312.

¹⁷³ G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, op. cit., p. 49 e ss.

ricorso ad esso poteva permettere, infatti, il disporsi in reciprocità dell'interesse pubblico e di quello privato, che, in tal modo iniziavano a comunicare tra loro, proprio al fine di superare il conflitto in essere. Del resto, l'attività amministrativa non era necessariamente attività autoritativa, ma piuttosto il decidere, il disporre sulla base di una doverosa valutazione degli interessi dei cittadini¹⁷⁴. E come compierla al meglio senza un loro diretto e più incisivo coinvolgimento?

Solo in questo modo si poteva quindi comprendere, dandogli significato e riconoscimento, il consensualismo che si andava diffondendo nell'amministrazione: esso rappresentava la nuova struttura di un diverso e più flessibile linguaggio giuridico.

Il contratto di diritto pubblico costituiva ormai «l'equilibrio fra una rappresentazione oggettiva (dal lato dell'amministrazione) ed una soggettiva (dal lato del singolo) degli stessi valori» costituzionali ed inerenti i singoli bisogni della vita¹⁷⁵.

4.3. ...e sul contratto di diritto privato.

A non diverse conclusioni, in fondo, giungevano anche A. Bardusco¹⁷⁶ e M. D'Alberti¹⁷⁷, benché questi si collocassero sull'opposto versante privatistico.

Sulla base di quella tripartizione dell'attività della Pubblica amministrazione riconducibile ad A. Amorth, Bardusco osservò che accanto all'attività in cui l'amministrazione opera come un mero privato e a quella in cui opera necessariamente per atti d'imperio, vi sarebbe una terza area in cui la p.a. è sì investita di potestà pubbliche, ma relative a situazioni e rapporti che possono essere istituiti e regolati anche mediante negozi di diritto privato.

In tale ultimo caso, l'amministrazione potrebbe decidere di ricorrere al contratto di diritto privato piuttosto che al provvedimento amministrativo e le obbligazioni che per tale via avrebbe assunto, corrispondenti ad altrettante possibili determinazioni unilaterali, sarebbero state in tutto e per tutto valide¹⁷⁸.

Ciò naturalmente sarebbe stato possibile nei soli casi in cui la p.a. è titolare di poteri discrezionali, e, dunque, nei soli casi in cui essa possa disporre dello strumento più idoneo in vista della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico¹⁷⁹.

Bardusco giungeva quindi ad affermare, senza remora di alcun tipo, che l'amministrazione, una volta scelta la via negoziale, avrebbe potuto «dedurre in obbligazione attività e comportamenti destinati a risolversi in manifestazioni giuridiche autoritative», quali «l'impegno di adottare una deliberazione, o quello di emettere un atto amministrativo», così come quello di «rinunciare all'uso di potestà

¹⁷⁴ G. FALCON, *Le convezioni pubblicistiche*, op. cit., p. 106-107.

¹⁷⁵ G. BERTI, op. ult. cit., p.62.

¹⁷⁶ A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni. Atti amministrativi e negozi di diritto privato*, Milano, Giuffrè 1974, in particolare, p.80 e ss.

¹⁷⁷ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit., in particolare p. 339 e ss.

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 81.

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 82.

pubblicistiche»¹⁸⁰. Ma vi è di più. Il mancato rispetto di tali impegni avrebbe costituito inadempimento, fonte di responsabilità contrattuale per l'amministrazione. Quindi, l'unica obbligazione che poteva essere ritenuta invalida ed illegittima sarebbe stata soltanto quella di emanare provvedimenti di «non sicura concordanza col pubblico interesse»¹⁸¹.

L'autore approdava, come in parte già si nota, ad un'impostazione privatistica della fattispecie: il contratto concluso in luogo dell'emanazione del provvedimento, ed avente ad oggetto l'esercizio del potere pubblico, sarebbe stato espressione della capacità giuridica di diritto privato della p.a. e risultava interamente retto dalle norme di diritto comune, fatta salva la «clausola di salvaguardia» sottesa al principio *rebus sic stantibus*.

Nella scelta tra un approccio pubblicistico ed uno privatistico da riconoscere alle concessioni amministrative, anche M. D'Alberti seguì la seconda via. Nella sua opera egli ebbe cura di notare che le ragioni che hanno dato luogo alla prevalenza ora di una teoria ora dell'altra si basano, in fondo, su fattori metagiuridici e metatecnici¹⁸².

Il preferire la ricostruzione del contratto di diritto privato rinveniva, secondo l'autore, la propria *ratio*, da un lato, nella necessità di sottoporre l'amministrazione ai vincoli civilistici dell'equilibrio e della parità contrattuale e, dall'altro, nell'esigenza di garantire a soggetti privati economicamente forti, che svolgono attività necessarie per lo sviluppo del Paese, ma non direttamente gestibili da parte dei pubblici poteri, quella tutela che solo il diritto contrattuale può offrire loro.

Egli quindi constatava che nella prassi erano ravvisabili tre distinte ipotesi strutturali dei rapporti concessori: a carattere esclusivamente provvedimentale, a natura mista (provvedimentale e contrattuale insieme) e con genesi integralmente contrattuale. Queste ultime sarebbero state tuttavia di gran lunga prevalenti e risulterebbero disciplinate dalle norme civilistiche sulle obbligazioni e i contratti¹⁸³.

Così anche i poteri unilaterali di modificazione del rapporto e la revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico venivano inquadrati entro gli istituti privatistici della clausola risolutiva espressa e del recesso di cui all'art. 1373 c.c..

Tuttavia, D'Alberti era costretto a riconoscere la natura provvedimentale della revoca, quando tale facoltà non veniva riconosciuta alla parte pubblica in forza di previsioni normative o contrattuali; ciò che non ostava, comunque, alla qualificazione in senso privatistico della concessione amministrativa, che rimaneva «pur sempre all'interno di una nozione generale di contratto quale risulta da norme come quella contenuta nell'art. 1321 del nostro codice civile vigente»¹⁸⁴.

¹⁸⁰ *Ivi*, p. 83.

¹⁸¹ *Ivi*, p. 84.

¹⁸² M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit., in particolare p. 281e ss.

¹⁸³ Diversamente nelle ipotesi miste e in quelle unilaterali le norme del codice civile si applicherebbero solo in via integrativa rispetto alle disposizioni di diritto pubblico. Cfr., p. 339-340.

¹⁸⁴ *Ivi*, p. 356.

Sulla stessa linea, si poneva anche A. Pizzi¹⁸⁵, la quale concepiva una netta separazione tra il diritto pubblico ed il diritto comune, quel diritto, cioè, proprio di tutti i soggetti dell'ordinamento, inclusa quindi la p.a.¹⁸⁶.

L'unica forma contrattuale concepibile, perciò, sarebbe stata quella prevista dal codice civile, nella quale, a buon diritto, erano da ricondurre anche le convenzioni amministrative, moduli consensuali impiegati dall'amministrazione per il perseguimento di scopi pubblici. La collocazione interamente privatistica delle stesse veniva rafforzata dall'impiego dell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, *ex art. 1467 c.c.*, per spiegare l'annosa questione della revoca¹⁸⁷.

Posizione del tutto peculiare era, invece, quella di R. Ferrara¹⁸⁸.

Questi esauriva le possibili manifestazioni consensuali dell'amministrazione nel contratto di diritto comune e nell'accordo preliminare interno al procedimento amministrativo.

Quanto al primo, esso divergeva dal contratto concluso tra privati solo per la particolare posizione che occupava l'amministrazione, ma restava in tutto e per tutto soggetto alle norme del codice civile.

Per quanto riguarda l'accordo preliminare, invece, benché rilevante e ricorrente nella prassi, esso era del tutto sfornito di «significatività giuridica», almeno finché il suo contenuto non veniva riversato nel provvedimento amministrativo¹⁸⁹.

Contrariamente a quanto andava consolidandosi nelle convinzioni della dottrina del tempo, Ferrara rifiutava in radice non solo la figura del contratto di diritto pubblico, ma anche e soprattutto «l'ammissibilità di poter negoziare il contenuto e le scelte dell'azione amministrativa, ossia, di poter concordare con l'amministrazione l'utilizzo degli strumenti attraverso i quali si realizza l'interesse pubblico e, persino, di poter definire, grazie all'accordo, il contenuto di questo stesso interesse che l'amministrazione è chiamata perseguire»¹⁹⁰. E ciò in quanto «l'esercizio di un potere dispositivo ad opera del soggetto privato non può incidere sul dispiegamento delle potestà pubblicistiche»¹⁹¹.

¹⁸⁵ A. PIZZI, *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime giuridico applicabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 288 e ss.

¹⁸⁶ *Ivi*, p. 302.

¹⁸⁷ *Ivi*, p. 306.

¹⁸⁸ R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985.

¹⁸⁹ *Ivi*, p. 43.

¹⁹⁰ *Ivi*, p. 36.

¹⁹¹ *Ivi*, p. 49. In fondo simili alle parole di Ferrara risuonano quelle di M. Bessone, che, occupandosi delle convenzioni di lottizzazione, riteneva radicalmente incompatibili l'esercizio di discrezionalità ed il contratto, poiché, essendo «l'esercizio di poteri pubblicistici correlato esclusivamente alle esigenze di interesse pubblico», un eventuale contratto «mediante il quale l'amministrazione si impegnasse ad esercitare in un certo modo tali poteri o ad adottare determinati provvedimenti» dovrebbe considerarsi privo di valida causa». Cfr., M. BESSONE, *Natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati, op. cit.*, p. 236.

4.4. Le convenzioni pubblicistiche di G. Falcon.

Ma la negoziazione del potere, sia nella forma della diretta ed immediata disposizione dello stesso, sia nel senso di un impegno ad assumere in futuro una determinata decisione poteva essere spiegata e giustificata solo da chi ammetteva che, accanto alla netta alternativa tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato, fossero possibili figure convenzionali nelle quali ognuno dei due soggetti mantiene inalterati i propri connotati.

Era questa l'impostazione di fondo adottata da G. Falcon, la cui opera può ritenersi espressione di sintesi delle teorie pubblicistiche sin qui esposte.

Invero, egli abbandonava l'idea del contratto di diritto pubblico, vero *monstrum* concettuale, mentre adombrava la tesi circa l'esistenza, anche solo potenziale, nel nostro ordinamento, di una categoria di «atti e rapporti convenzionali, aventi carattere di reciprocità, che possa e debba essere ascritta al diritto pubblico»¹⁹².

Partendo dalla constatazione che non si doveva dare un rapporto necessariamente biunivoco tra il carattere unilaterale del potere dell'amministrazione e la struttura unilaterale dell'atto, Falcon riteneva che il potere amministrativo potesse trovare espressione anche in atti bilaterali¹⁹³, originati dalla convergenza con atti di disposizione del privato ed espressione della sua autonomia negoziale.

Gli atti di adesione alla convenzione, frutto della discrezionalità dell'amministrazione e dell'autonomia negoziale del privato, seppure diversi per natura e disciplina, venivano intesi come coincidenti nel contenuto, ossia nel risultato cui essi tendono (l'assetto di interessi convenzionalmente definito), ciò che precisamente rendeva possibile la fattispecie.

Quanto affermato risultava, evidentemente, in contrasto con quel lontano adagio tramandato a partire da Ranelletti, secondo cui non era possibile la fusione tra manifestazioni di volontà di natura giuridica diversa. Ma una volta rimosso il termine figurativo di *fusione*, ed inteso il fenomeno in termini più strettamente giuridici alla stregua di una reciproca corrispondenza tra le dichiarazioni di volontà, orientate verso l'effetto complessivo creato dall'atto bilaterale, ci si rendeva immediatamente conto che non di *qualità* (o meglio di regime giuridico), ma appunto di *contenuto* delle dichiarazioni si trattava¹⁹⁴. Ed allora, «che cosa impedisce che volontà diverse nelle regole di formazione e nel regime giuridico, ma coincidenti nel contenuto, in quanto manifestanti entrambe un consenso in relazione ad una disciplina concordata di determinati comportamenti, diano vita insieme alle conseguenze giuridiche corrispondenti? Costituisce ciò una ragione per escludere che le due diverse volontà,

¹⁹² G. FALCON, *Le convenzioni*, op. cit. p. 210.

¹⁹³ *Ivi*, p. 238.

¹⁹⁴ *Ivi*, p. 245.

mantenendo la propria diversità, egualmente convergano nella formazione di un rapporto pattizio?»¹⁹⁵.

Era, quindi, proprio l'identità del contenuto precettivo del rapporto bilaterale a rendere possibile che il consenso venisse reso nell'esercizio di poteri e facoltà diversi, e nulla ostava alla fusione o, meglio, alla convergenza tra di essi.

Del resto, l'accordo con il singolo privato non si poneva in contrasto con l'interesse pubblico, alla cui cura è necessariamente preposta la pubblica amministrazione. Ed anzi esso trovava giustificazione e spiegazione proprio nei casi in cui, da un lato, l'interesse pubblico non poteva essere soddisfatto al meglio mediante il solo intervento dell'amministrazione, necessitandosi della collaborazione e dell'apporto del privato, e, dall'altro, quest'ultimo non poteva conseguire individualmente i propri interessi, ma necessitava dell'esercizio di poteri amministrativi.

L'amministrazione, invero, avrebbe anche potuto disporre, in tali circostanze, di una triplice alternativa: attendere che le condizioni, atte a rendere il suo provvedere conforme all'interesse pubblico, si creassero spontaneamente; rendere informalmente note le proprie intenzioni al privato, ma difficilmente questi avrebbe assunto impegni in assenza di idonea garanzia circa il futuro comportamento dell'amministrazione. Infine, provvedere ugualmente, subordinando l'efficacia del proprio atto alla condizione che si fossero avverate determinate situazioni di fatto o di diritto, ma, in tal modo, l'amministrazione sarebbe rimasta esposta al verificarsi di eventi incerti e futuri.

Sembrava allora più confacente un accordo tra l'amministrazione e il privato, a carattere vincolante, che avrebbe davvero permesso «il migliore soddisfacimento degli interessi pubblici, quale è reso possibile da un contemporaneo accettabile soddisfacimento degli interessi privati»¹⁹⁶. E ciò, salva la precisazione che la prestazione del privato dedotta nell'accordo non poteva mai costituire né essere intesa come un corrispettivo della prestazione dell'amministrazione, e viceversa.

Così, dunque, accanto ai contratti di diritto privato venivano a delinearsi fattispecie nuove a struttura bilaterale: le convenzioni pubblicistiche.

Quanto all'atto amministrativo unilaterale di adesione alla convenzione, esso restava soggetto alle regole e al regime suoi propri. Esso divergeva dal provvedimento amministrativo propriamente inteso, solo in quanto quello non era né voleva essere autonomamente produttivo di effetti giuridici, che, per contro, scaturiscono solo per effetto della convergenza con le volizioni del privato. Diversamente, l'atto di adesione risultava giuridicamente perfetto nei confronti dei terzi, che si pretendevano lesi dalla scelta dell'amministrazione di accedere alla disciplina convenzionale.

D'altra parte Falcon aveva cura di tutelare anche lo stesso privato da possibili abusi del soggetto pubblico nell'esercizio di un potere, che restava comunque discrezionale. Abusi, che potevano anzitutto manifestarsi nel rifiuto di addivenire all'accordo, ma che più spesso si verificavano nel corso delle trattative, attraverso l'inserimento (e

¹⁹⁵ *Ivi*, p. 243.

¹⁹⁶ *Ivi*, p. 255.

l'accettazione forzata) di clausole gravose, che non trovavano adeguata giustificazione nella cura dell'interesse pubblico dedotto nella convenzione.

Nel caso di rifiuto dell'accordo, traducendosi esso pur sempre in un atto amministrativo lesivo di proprie posizioni soggettive di vantaggio, il privato poteva impugnarlo dinanzi al giudice amministrativo. Nell'ipotesi di pretese abnormi dell'amministrazione, *obtorto collo* accettate dal privato, invece, esse erano pur sempre valutabili dal giudice alla stregua dei canoni di legittimità e ragionevolezza.

Illuminanti appaiono, quindi, anche le considerazioni compiute in tema di posizioni giuridiche soggettive e di giurisdizione. Falcon riteneva che le due parti della convenzione fossero entrambe titolari di un diritto soggettivo all'adempimento altrui, per cui sulla base dei criteri di riparto le relative controversie avrebbero dovuto essere devolute alla cognizione del giudice ordinario. Nondimeno si sarebbe venuta a creare l'incresciosa situazione per cui sulla medesima vicenda convenzionale potevano essere chiamati a pronunciarsi tanto il giudice comune che il giudice amministrativo. Basti pensare, quanto a quest'ultimo, alla possibile impugnazione dell'atto di adesione alla convenzione da parte dei terzi oppure allo stesso atto di revoca¹⁹⁷ dell'accordo da parte dell'amministrazione. Ed allora la soluzione veniva ravvisata nella devoluzione dell'intera fattispecie alla cognizione del giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva.

4.5. Dalla negoziabilità del potere al regime giuridico del potere negoziato: : l'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241.

Erano stati posti i presupposti necessari per l'intervento legislativo di riforma del 1990: il potere unilaterale poteva essere esercitato anche con atti bilaterali; negli atti consensuali l'amministrazione decideva secondo le regole della discrezionalità; non c'era alcun ostacolo a che il potere amministrativo si incontrasse, in un atto consensuale, con l'autonomia privata della controparte. La legge 7 agosto 1990, n. 241 sembrò dare corpo di diritto positivo ai risultati dell'elaborazione dottrinale.

Le tematiche dibattute, e fin qui riferite sinteticamente, trovavano infatti un referente normativo di carattere generale nell'art. 11, disciplinante gli accordi

¹⁹⁷ Poiché l'amministrazione addiuvata alla convenzione mediante un atto amministrativo, nell'esercizio di un potere discrezionale, risulta naturale la constatazione che quest'ultimo debba sempre essere adeguato quanto alla soddisfazione dell'interesse pubblico. Ne discende il riconoscimento di un vero potere di revoca in capo all'amministrazione per il sopraggiungere di circostanze che non rendano più idoneo lo schema convenzionale. Ciò del resto non valeva a minare alle fondamenta il carattere vincolante degli impegni assunti dal soggetto pubblico e, in corrispondenza, anche dal soggetto privato. Da un lato, rileva la considerazione che neppure i contratti di diritto privato sono improntati ad una assoluta stabilità del rapporto; dall'altro, che la revoca non costituirebbe comunque una situazione meramente potestativa. Essa, al contrario, è manifestazione di un potere amministrativo, immediatamente suscettibile di controllo giurisdizionale, quantomeno sotto il profilo dell'eccesso di potere. D'altronde, nel revocare la propria adesione all'accordo, l'amministrazione deve, nel bilanciamento degli interessi, tener conto delle legittime aspettative del privato e dell'eventuale ingiusto arricchimento di cui essa abbia goduto per eventuali prestazioni accettate e già eseguite da quest'ultimo. Su questi aspetti, cfr. p. 270 e ss.

amministrativi tra p.a. e privato. L'ordinamento, finalmente, conosceva quella "norma-base", la cui assenza venne posta da Ledda alla base della tesi demolitrice del contratto di diritto pubblico. L'atto autoritativo non era più il solo strumento preposto alla cura di interessi pubblici: «essenziale è il fine pubblico, fungibili sono gli strumenti attraverso cui perseguirlo»¹⁹⁸.

L'art. 11, dunque, conferiva definitivamente legittimazione, fondamento legislativo e portata generale alla figura degli accordi amministrativi, prima di esso, disciplinati solo da sporadiche normative di settore ed in relazione a singole fattispecie.

La norma aveva offerto una regolamentazione generale delle manifestazioni di consensualità aventi ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo; aveva legittimato di per sé l'utilizzo dei moduli convenzionali senza che all'uopo dovesse di volta in volta soccorrere l'esistenza di una specifica disciplina di settore; aveva ricondotto ad unità le fattispecie di accordo autonomamente previste dal legislatore, garantendo al tempo stesso agli amministrati quel livello di tutela che la l. n. 241/1990 assicura comunque nei confronti del procedimento amministrativo.

Dal punto di vista ermeneutico, poi, la questione andava riformulata: non si trattava più di ricercare l'ammissibilità teorica della negoziazione del potere amministrativo, ma di ragionare sui problemi di regime che questa negoziabilità creava.

Com'è noto, modello per il legislatore italiano è stato il § 54 della Legge tedesca sul procedimento amministrativo 26 Maggio 1976, in forza del quale «un rapporto giuridico nell'ambito del diritto pubblico può essere costituito, modificato o estinto mediante contratto (contratto di diritto pubblico), a meno che non esistano prescrizioni giuridiche contrarie. In particolare, in luogo dell'emanazione dell'atto amministrativo, l'autorità può concludere un contratto di diritto pubblico con il soggetto al quale essa potrebbe rivolgersi con un atto amministrativo»¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

¹⁹⁹ Il testo tedesco è così formulato: «*Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde*». Si rinvia al Cap. II, Parte I del presente lavoro, per un'analisi più dettagliata della disciplina. Per il momento basti qui citare alcuni autori di riferimento U. STELKENS, H. SCHRÖDER, *Allemagne/Germany*, in R. NOGUELLOU, U. STELKENS (sous la direction de), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2010, p. 309 et ss.; M. SCHRÖDER, *Administrative law in Germany*, in R. SEERDEN, F. STROINK, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative analysis*, Intersentia, 2002, p. 114 et ss.; M. FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2006, p. 313 e ss.; H. MAURER, *Droit Administratif Allemande*, trad. par. M. Fromont, LGDJ, 1995, p. 380. E nella dottrina italiana, A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli consensuali*, op. cit., p. 61 e ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, op. cit., p. 42 e ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 55 e ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, CEDAM, 1998, p. 65 e ss.; e, da ultimo, E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, CEDAM, 2012, p. 115 et ss.

Così, come recepito nell'ordinamento tedesco, il principio di consensualità non si esprime in una mera facoltà, ma si pone in chiara alternanza rispetto alla soluzione autoritativa, sì da sancire un vero e proprio doppio binario dell'attività della p.a., per consenso o per provvedimento²⁰⁰.

La possibilità di fare ricorso allo strumento contrattuale come soluzione alternativa alla tradizionale fonte imperativa dei rapporti di diritto pubblico, fu recepita nello schema di disegno di legge, contenente «*disposizioni dirette a migliorare i rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa*», redatto dalla Commissione Nigro²⁰¹.

Il rinvio è innanzitutto all'art. 5 Tit. I del testo, che sanciva: «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 per i terzi».

In secondo luogo, sovviene il successivo art. 6 del Tit. IV, che su questa base legittimante, aveva previsto e consentito una triplice categoria di accordi.

Si distingueva, in particolare tra gli accordi organizzativi fra pubbliche amministrazioni, poi confluiti nel vigente art. 15; quelli normativi, «aventi ad oggetto l'esercizio di potestà normativa e le corrispettive prestazioni di persone fisiche al fine di raggiungere obiettivi di interesse pubblico», non approdati, però, alla stesura finale; ed, infine, quelli integrativi e sostitutivi, previsti in via generale ed in alternativa all'atto dell'autorità.

Tuttavia, il successivo disegno di legge del Governo n. 1913/1987 eliminò sia l'enunciato sul principio di contrattualità sia quello sugli accordi normativi, che di quello costituivano l'espressione più avanzata. Rimasta ferma la sola disposizione sugli accordi procedurali, anche gli accordi sostitutivi venivano limitati ai soli casi previsti dalla legge²⁰².

Sul disegno di legge ebbe a pronunciarsi il Consiglio di Stato, in un celebre parere²⁰³, che, con atteggiamento assai prudente, prese posizione su una serie di aspetti fondamentali.

²⁰⁰ Già nello stesso progetto di legge del 1963 si prevedeva la generale ammissibilità del contratto di diritto pubblico, contro l'orientamento dottrinale allora prevalente che ne suggeriva una limitazione ai soli casi previsti dalla legge. Cfr. A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli consensuali*, op. cit., p.61.

²⁰¹ Sull'iter formativo della L. 7 agosto 1990, n. 241, si veda F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, Giuffrè Editore, 1990, ed in particolare il saggio di G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, p. 77 e ss.

²⁰² Inevitabili le critiche di G. Pastori, membro della Commissione, che più da vicino contribuì alla redazione delle norme eliminate, sulle quali, invece, sarebbe stata importante ed utile un parere del Consiglio di Stato, cfr. G. Pastori, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in . TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, opo. cit., p. 80 e ss.

²⁰³ Cons. St. Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7, in *Foro It.*, 1988, III, p.22 e ss.

In particolare, suggerì che la figura dei c.d. accordi sostitutivi del provvedimento fosse limitata ai casi espressamente previsti dalla legge; manifestò perplessità sul richiamo ai principi del codice civile in materia di obbligazioni, suggerendo di lasciare tale aspetto alle singole leggi speciali; non avanzò, invece, rilievi sul c.d. accordo endoprocedimentale, di cui diede, però, una lettura alquanto minimizzante²⁰⁴.

Venuti meno, così, nel definitivo disegno di legge n. 1913/1987, sia l'art. 5, sia il riferimento agli accordi normativi, che la previsione generale degli accordi sostitutivi, la prima dottrina e giurisprudenza ebbero a evidenziare, con una certa delusione, la scomparsa del *favor* per la conclusione di accordi²⁰⁵. Si auspicava pertanto un suo recupero, che sarebbe stato possibile solamente con l'eliminazione dell'inciso «nei soli casi previsti dalla legge» relativo agli accordi sostitutivi, ed un rafforzamento della *ratio* dell'istituto²⁰⁶.

Ancora nel 2002, il Consiglio di Stato ribadiva che: «rispetto a quanto originariamente previsto nei lavori preparatori che enunciavano il principio di contrattualità dell'azione amministrativa...nella formulazione definitiva della l. n. 241/1990 (anche sulla scorta di quanto suggerito dal parere dell'Adunanza Generale del 19/2/1987) non v'è traccia del principio del favor per la conclusione del contratto ad oggetto pubblico...La mancanza di un'espressa formulazione del favor per la conclusione di accordi – a differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco...– comporta se non la regola per cui occorre una previsione legislativa espressa per legittimare la conclusione di accordi ad oggetto pubblico certo la ricerca di un

²⁰⁴ «Sembra, peraltro, che il consenso preventivo del privato al provvedimento (unilaterale) che l'amministrazione si propone di emanare non dispieghi altro effetto fuor di quello di privare l'interessato che ha 'accettato', della possibilità di avanzare, poi, contestazioni nei riguardi del futuro provvedimento e di vincolare l'amministrazione (in via di autolimitazione?) alla adozione del provvedimento con il contenuto 'concordato'». Parere, cit., p. 34.

²⁰⁵ Così ebbe ad esprimersi sulle modifiche apportate dal Consiglio di Stato ed in Parlamento lo stesso M. Nigro: «Le modifiche sono certo rilevanti. Il rifiuto di mantenere il favor suona diffidenza verso gli accordi a conferma tradizionale che l'amministrazione opera soprattutto con atti unilaterali e autoritativi. La necessità di previsione legislativa per l'accordo sostitutivo di provvedimento rimanda la palla al legislatore e svuota il precetto. Condanna senz'appello, infine, va pronunciata per gli accordi normativi, che di fatto hanno invece trovato di recente larga e proficua applicazione soprattutto da parte delle amministrazioni locali». Vd. M. 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. 2044-2045. Mentre in altra occasione egli osservò con più specifico riferimento alla soppressione dell'art. 5: «non credo che l'eliminazione della affermazione del principio impedisca le utilizzazioni specifiche dello strumento, così come forse il suo mantenimento non sarebbe bastato a fondarle; ma a parte ciò che ho detto or ora, il nostro art. 5 sarebbe forse servito a stimolare la riflessione su questo punto, ad avviare un discorso più preciso – più tecnico e meno ideologico – sulla contrattualità nelle pubbliche amministrazioni». Vd. M. NIGRO, *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni del Formez*, Roma, 1988, p. 86 e ss., e ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1932.

²⁰⁶ Tra i primi commenti successivi all'entrata in vigore della l. n. 241/1990, G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Giuffrè, Milano, 1991; A. TRAVI (a cura di), *Commentario della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 1 e ss.

equilibrio fra la necessità di introdurre nuove modalità dell'azione amministrativa e l'esigenza di salvaguardare in capo all'amministrazione le prerogative sue proprie»²⁰⁷.

Se pure dunque l'obiettivo fondamentale che il legislatore italiano si prefiggeva era stato soddisfatto, dovevano ancora essere compiuti alcuni passi per giungere alla completa maturazione della riconsiderazione paritaria dei rapporti fra soggetti pubblici e privati.

²⁰⁷ Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636. *Contra* G. GRECO, in *Accordi amministrativi, op. cit.*, pag. 76, che fa invece riferimento al comma 1bis dell'art. 11 – introdotto dall'art. 3*quiquies*, l'11 luglio 1995, 273 – per ricavare il generale principio di favor per la conclusione degli accordi: «Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati».

CAPITOLO II

GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI TRA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E PRIVATI

SOMMARIO: 1. La novella del 2005. Il cammino prosegue. - 2. La natura giuridica degli accordi tra pubblica amministrazione e privati. - 2.1. Il dibattito nella dottrina. La tesi privatistica. - 2.2. La tesi pubblicistica. - 2.3. Le tesi intermedie. - 2.4. Gli orientamenti della giurisprudenza. - 3. Il regime giuridico degli accordi tra pubblica amministrazione e privati. - 3.1. Le regole poste dall'art. 11. - 3.2. Le previsioni delle leggi settoriali. - 3.3. I principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti applicabili. - 3.4. Le clausole dell'accordo definibili dalle parti nello scambio negoziale. - 4. Cenni di comparazione con altri ordinamenti giuridici stranieri (*e rinvio alla parte II e III*). - 4.1. Gli Stati che hanno accolto gli accordi amministrativi tra Pubblica amministrazione e privati. - 4.2. La Germania - 4.3. Gli altri Paesi.

1. La novella del 2005. Il cammino prosegue.

E' nel 2005 che il legislatore rilancia, nel campo del diritto positivo, il tema dell'attività amministrativa condotta secondo strumenti mutuati dal diritto privato²⁰⁸.

La legge 11 febbraio 2005, n. 15²⁰⁹ consacra anzitutto fra i principi generali dell'azione amministrativa - mediante l'aggiunta del comma *1bis* all'art. 1 della l. n. 241/1990 - quello in forza del 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*»; quindi, rivitalizza l'istituto *ex art. 11*, attraverso la tanto auspicata abrogazione della riserva di legge per gli accordi sostitutivi.

L'attesa è lunga, ma non paga del tutto le aspettative. Anche nella novella del 2005, infatti, si deve registrare un atteggiamento prudente del legislatore italiano nel sancire il principio di consensualità dell'azione amministrativa.

Il riferimento è innanzitutto al comma *1bis* dell'art. 1.

Il percorso parlamentare della disposizione approda infatti ad un risultato finale del tutto agli antipodi, rispetto alle prime versioni.

²⁰⁸ Su cui, più in generale, si veda V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino 2011 e G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2003.

²⁰⁹ Sugli effetti prodotti dalla legge, si veda V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in *Giust. amm.* e tra i primi commenti N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *Saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Giappichelli, Torino 2006; L. R. PERFETTI, *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, CEDAM, Padova, 2008.

L'iniziale formulazione – secondo quanto è dato apprendere dalla relazione di accompagnamento al d.d.l. 1281²¹⁰ – volta ad affermare una predilezione per gli strumenti di diritto privato, in sostituzione al consueto *modus agendi* autoritativo e unilaterale²¹¹, dovette cedere, in ultimo, ad una del tutto differente che riporta il *favor* così espresso nell'ambito «dell'attività *non* autoritativa».

Viene meno, in tal modo, ogni legame tra l'addenda di cui all'art. 1 e la caducazione della riserva di legge nell'art. 11, così com'era stato inteso nelle prime prospettazioni del disegno di legge²¹²

Rispetto, perciò, all'intento originario e fortemente innovativo, il risultato che si ottiene è a dir poco modesto, esternando un principio già consolidato nel nostro ordinamento, e cioè quello della generale capacità di diritto privato della p.a.²¹³.

E' sulla generalizzazione dell'accordo sostitutivo che perciò va posta l'attenzione. Essa conferisce alla norma una nuova valenza sistematica. Venuta, infatti, meno l'originaria funzione dell'art. 1 comma *1bis*, è proprio nel nuovo art. 11 che deve rinvenirsi ora la regola della surrogabilità del provvedimento con l'accordo, nell'esercizio del potere. E l'accordo con il privato diviene esito ordinario e normale della fase decisoria del procedimento.

²¹⁰ Ove si legge «La considerazione...alla base della presente previsione è che il negozio giuridico di diritto privato di per sé è strumento idoneo al perseguimento dei più diversi risultati, e, quindi, anche dello specifico interesse pubblico cui la pubblica amministrazione informa la sua azione. La possibilità che la pubblica amministrazione possa utilizzare lo strumento negoziale in via alternativa e, sotto certi aspetti, in modo ulteriore rispetto al provvedimento unilaterale resta comunque finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico posto che l'agire consensuale è rilevante nell'ottica funzionale, perciò, sul fronte della migliore realizzazione del fine pubblico (la funzione amministrativa rimane pur sempre cura concreta di interessi pubblici potendo variare solo la forma)»

²¹¹ Secondo l'iniziale formulazione: «Per la realizzazione dei propri fini istituzionali le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando strumenti di diritto pubblico o privato. Le leggi e i regolamenti disciplinano, in entrambi i casi, i procedimenti per l'esercizio dei poteri amministrativi». La versione poi definitivamente approvata in Senato fu del seguente tenore: «Salvo che la legge disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato». Per una compiuta ricostruzione dell'*iter* parlamentare, cfr. P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 1 e ss.

²¹² Così anche G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2007, p. 814.

²¹³ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2, 2003, p. 218. Non mancano, di certo, letture alternative, come quelle che pongono l'accento sul carattere unilaterale, piuttosto che contrattuale degli atti cui il comma *1bis* si riferirebbe, con la conseguenza che la norma eleverebbe a categoria generale quella degli atti cosiddetti paritetici o di adempimento. L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Giust. amm.* Per F. SATTA, *La riforma della l. 241/1990: tra dubbi e perplessità*, in *Giust.amm.*, la norma, invece, esporrebbe al gravissimo rischio di un'interpretazione che autorizzerebbe l'amministrazione ad agire al di fuori dell'interesse pubblico, perseguendo interessi propri come un qualsiasi privato.

2. La natura giuridica degli accordi tra P.A. e privati.

Il rilancio, sul piano positivo, del modulo consensuale costituisce rinnovata occasione di dibattito intorno al tradizionale problema della natura giuridica degli accordi fra amministrazione e privati, quale portato del più ampio tema – che già in parte si è cercato di delineare nel primo capitolo – dell'ammissibilità di moduli consensuali in alternativa al classico schema unilaterale di esercizio del potere amministrativo.

Il riconoscimento di una *base legale* non s'è però quella «girandola di qualificazioni»²¹⁴ che aveva impegnato la dottrina prima dell'entrata in vigore della l. n. 241/1990. Anzi, la nuova disposizione e poi le modifiche all'art. 11 che via via si sono succedute hanno alimentato e arricchito di nuovi spunti le varie teorie, che da quella data vanno ora alternandosi.

Benché, quindi, questo dibattito possa apparire «a primo acchito sterile, quasi ozioso»²¹⁵, soprattutto ove si consideri la scarsa applicazione nella prassi dell'istituto in analisi²¹⁶, la sua definizione, lungi dal costituire una questione squisitamente dogmatica, si riverbera significativamente sullo stesso regime giuridico degli accordi.

Causa la scarsa formulazione dello stesso art. 11, e soprattutto l'ampio rinvio ai principi del codice civile, l'adesione ora all'una, ora all'altra tesi condiziona in maniera notevole l'identificazione della disciplina applicabile e l'interpretazione delle singole norme di diritto pubblico o di diritto privato che di volta in volta possono in rilievo.

Quanto alla giurisprudenza, benché l'inquadramento in senso privatistico della fattispecie possa presentare per il giudice il maggior vantaggio di fornire un regime – quello appunto dei contratti e delle obbligazioni – compiuto e definito, essa, dopo alcune iniziali oscillazioni, soprattutto in conseguenza della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004, propende per la tesi del contratto di diritto pubblico.

²¹⁴ C. MARZUOLI, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, op. cit., p.

²¹⁵ G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati*, in *Foro amm. CDS*, 1, 2007, p. 324.

²¹⁶ La scarsa applicazione degli accordi da parte delle pubbliche amministrazioni è un dato messo in risalto dalla maggior parte della dottrina, che, almeno agli inizi ravvisa le ragioni di questo fenomeno nelle resistenze di carattere culturale sia dei funzionari pubblici che della stessa giurisprudenza amministrativa (su cui *infra*). Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, op. cit., p. 224. e F.G. SCOCA, *Tra autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 3, 2002, p. 452 e ss.; S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 513 e ss.; N. AICARDI, in *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1, 1997, p. 1 e ss. A queste cause, soprattutto negli anni più recenti, è stato aggiunto anche un «pregiudizio del giudice penale», che spesso ravvisa nello scambio pubblico-privato fattispecie criminose a carattere corruttivo e concussivo. Cfr. P. URBANI, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2, 2009; ID. *L'urbanistica*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*. Passigli Editori, Firenze, 2010, p. 423 e ss..

2.1. Il dibattito nella dottrina. La tesi privatistica.

Il dibattito dottrinale sulla natura giuridica degli accordi è dunque tutt'ora aperto in dottrina, diviso tra fautori di tesi radicalmente contrapposte, mitigate, peraltro, anche dalla presenza di alcune posizioni intermedie.

Secondo un primo orientamento, che fa capo alle ricostruzioni di M.S. Giannini sul contratto ad oggetto pubblico, l'accordo altro non sarebbe che un contratto di diritto privato, dal quale si distinguerebbe soltanto per l'oggetto.

La tesi trae origine dal rifiuto di ogni altra categoria giuridica intermedia tra provvedimento e contratto, essendo più che sufficiente l'istituto di cui all'art. 1321 c.c. per conferire veste giuridica all'accordo.

Questa ricostruzione fonda le proprie ragioni essenzialmente su un dato terminologico e, quindi, sul rinvio ermeneutico ai «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti», compiuto dall'art. 11.

Il termine accordo adoperato nel testo della norma richiamerebbe espressamente la nozione di contratto *ex art. 1321 c.c.*, nonché il primo dei requisiti essenziali dell'istituto, ai sensi del successivo art. 1325 c.c.²¹⁷.

Lo stesso tenore del comma 2 (seconda parte) dell'art. 11 e, quindi, il rinvio ai principi del codice civile rappresenterebbero, poi, un ulteriore indice rivelatore della natura sostanzialmente civilistica e contrattualistica dell'accordo.

Essi, infatti, deporrebbero nel senso della residualità della disciplina speciale di diritto amministrativo, rispetto a quella di diritto comune.

A considerazioni di questo tipo non osterebbe neppure il doppio limite posto dalla disposizione circa l'applicabilità delle norme codicistiche: la clausola di salvezza di disposizioni derogatorie («*ove non diversamente disposto*») e quella della compatibilità («*in quanto compatibili*»).

La prima, infatti, non escluderebbe che la base di disciplina sia comunque rappresentata da quei medesimi principi contenuti nel codice civile. La seconda, invece, riguarderebbe un giudizio di compatibilità da compiersi rispetto alla sola disciplina posta dall'art. 11. Quest'ultimo, dovendo infatti adeguare la fattispecie contrattuale entro il contesto dell'azione amministrativa, non poteva che introdurre delle deroghe espresse alla disciplina civilistica²¹⁸.

²¹⁷S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, *op. cit.*, p. 189, che individua nell'art. 1321 anche la base legale degli accordi amministrativi, avendo l'art. 11 la diversa funzione di assicurare la convergenza tra il potere ed il contratto.

²¹⁸In questi termini si esprimono G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 108, che cita, a titolo di esempio, la facoltà di recesso riconosciuta soltanto all'amministrazione; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 35 e ss., ove afferma che «il rinvio ai principi del codice civile “in quanto compatibili” dovrebbe essere inteso nel senso che l'applicabilità dei principi civilistici è esclusa solo da norme che disciplinano gli accordi (o taluni tipi di accordo) in modo incompatibile con quei principi, non invece dai principi del diritto amministrativo in quanto tali» (p. 66, n. 44). Così anche G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 151; F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti*

Del pari, in chiave privatistica andrebbero ricostruiti l'inopponibilità dell'accordo ai terzi ed il recesso unilaterale dell'amministrazione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico. Essi troverebbero fondamento normativo rispettivamente nel principio della relatività degli effetti del contratto di cui all'art. 1372 comma 2²¹⁹ e nella facoltà di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ex art. 1467 del Codice civile²²⁰.

Invero, neppure fa vacillare la tesi la previsione sui controlli cui sono soggetti gli accordi sostitutivi, essendo quelli espressione di un principio generale di contabilità pubblica, già previsto anche per altri contratti di diritto privato dell'amministrazione²²¹. E d'altronde, si giunge ad affermare che anche per gli accordi integrativi, il provvedimento è in posizione del tutto servente rispetto all'accordo, conservando perciò il contratto il ruolo cardine dell'intera costruzione²²².

Allo stesso modo, non ostacolerebbe la declinazione contrattualista nemmeno il dato della convergenza nello schema negoziale di facoltà tra loro eterogenee, l'autonomia negoziale del privato e il potere discrezionale dell'amministrazione, atteggiandosi entrambe pur sempre a manifestazioni di volontà, in cui l'interesse pubblico sarebbe riconducibile ad un mero motivo, ad un interesse di parte, che sta a monte della conclusione del contratto, ma non ne condiziona la natura giuridica.

Quanto, infine, alla previsione sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si è ritenuto – almeno fino alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 – che essa prescinde dalla consueta individuazione delle posizioni giuridiche di diritto soggettivo o di interesse legittimo involte, ma costituirebbe semplicemente un esempio di devoluzione per «blocchi di materie»²²³.

2.2. La tesi pubblicistica.

Diametralmente opposta è la tesi che inquadra gli accordi *de quibus* entro una cornice integralmente pubblicistica, sulla scorta di alcuni indicatori di extra-contrattualità.

amministrativi, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 124 e ss.; G. D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale: tecniche e garanzie*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 319.

²¹⁹ G. CORSO, *L'attività amministrativa*, op. cit., p.150; A. PAJNO, *L'amministrazione per accordi*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, ESI, Napoli, 1997, p. 436 e ss..

²²⁰ «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una 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». G. CORSO, *L'attività amministrativa*, op. cit., p.152; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, op. cit. p. 109 e ss., che, argomentando in tal senso, rinvia anche ad altre disposizioni del codice civile (artt. 1613, a proposito del recesso unilaterale dal contratto di locazione dell'impiegato pubblico trasferito per ragioni di servizio; e 1613 sul recesso per giusta causa dal contratto di lavoro) nonché alla facoltà di recesso prevista nel contratto di opere pubbliche.

²²¹ G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, op. cit. p.116.

²²² B. CAVALLO, *Procedimento amministrativo e attività pattizia*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000, p. 121,

²²³ G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, op. cit. p.116.

La dottrina²²⁴ che qualifica gli accordi amministrativi alla stregua di altrettanti contratti di diritto pubblico, secondo il differente orientamento dottrinale riconducibile alle definitive rielaborazioni di G. Falcon, si basa, dopo la l. 241, su argomenti del tutto speculari rispetto a quelli fatti propri dalla tesi privatistica, della quale si è lamentata anzitutto una carica fortemente politologica²²⁵.

Da un punto di vista schiettamente terminologico, si è preliminarmente osservato come il legislatore, se avesse voluto riconoscere la valenza di contratto della fattispecie, avrebbe potuto utilizzare lo stesso *nomen iuris*, mentre, al contrario, ha inteso nominarli diversamente. L'uso del termine accordo perciò testimonierebbe la stessa sensibilità del legislatore, che, conscio dell'esistenza di un contratto di diritto pubblico nell'ordinamento tedesco, ha inteso ricorrere ad un'espressione che mantenesse ferma la distinzione rispetto al contratto di diritto privato²²⁶.

In secondo luogo, anche il richiamo ai principi del Codice civile sotto riserva di compatibilità paleserebbe la volontà legislativa di evidenziare la specificità degli accordi amministrativi rispetto ai contratti. E ciò tanto più ove si consideri che se le due fattispecie avessero medesima natura, sarebbe stato quasi superfluo un rinvio alla sua *sedes materiae*.

Viceversa, proprio la doppia clausola di salvezza posta dall'art. 11 implica e richiede all'interprete una valutazione caso per caso nella selezione della disciplina codicistica applicabile nel caso concreto²²⁷, che d'altronde, potrebbe trovare applicazione solo in assenza di diverse disposizioni.

Del resto, la collocazione degli accordi in seno al procedimento amministrativo, il necessario perseguimento del pubblico interesse e l'assenza di pregiudizio per i diritti dei terzi sono tutti elementi dai quali desumere l'esistenza – pur espressa in forma consensuale – di un potere pubblico. Ciò che risulterebbe confermato anche dal fatto che l'accordo stesso non elimina la possibilità per l'amministrazione di ritornare ad esercitare i propri poteri unilateralmente, anziché pervenire alla sua stipula²²⁸.

La natura pubblicistica sarebbe, inoltre, confermata dalla loro sottoposizione ai controlli previsti per i provvedimenti.

Sugli accordi, l'organo preposto al controllo eserciterà la propria funzione di verifica preventiva della legittimità dell'agire amministrativo, attraverso quelle stesse categorie

²²⁴ Tra i fautori della tesi pubblicistica, oltre a quelli che oltre si citeranno, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 399 e ss.; G. CUGURRA, *Accordi di pianificazione territoriale e ambientale*, in *RGU*, 1, 2000, p. 143e ss.; F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 41; e con qualche notazione critica anche E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 46 e ss.

²²⁵ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, *op. cit.*, p. 97.

²²⁶ E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè Editore, 1992, p. 64.

²²⁷ S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, CEDAM, Padova, 2004, p. 66 e ss., ove significativamente afferma: «se non vi fosse questo dato essenziale rappresentato dalla diversa natura giuridica delle fattispecie, non si porrebbe neppure il problema della compatibilità» (p. 68).

²²⁸ F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, *op. cit.*, p. 165.

valutative usate per i provvedimenti ed estranee evidentemente all'ordinamento civilistico. Nonostante la forma bilaterale e consensuale, gli accordi si atteggiavano quindi pur sempre a manifestazione dell'esercizio di quello che rimane comunque un potere pubblico. Non si attingerebbe di certo ad un contratto di diritto civile il concetto di cattivo uso del potere, o di eccesso di potere.

Né del resto varrebbe richiamare i controlli inerenti i contratti ad evidenza pubblica, ch , in tal caso, essi restano comunque riferiti agli atti amministrativi del procedimento, e non al contratto successivamente stipulato²²⁹.

Non da meno sono poi le argomentazioni che traendo spunto dalla previsione della giurisdizione esclusiva, rinvergono nel rapporto consensuale una commistione inestricabile tra titolarit  di diritti soggettivi, ci  che   proprio del contratto, e titolarit  di interessi legittimi, ci  che comporta lo stare dinanzi all'esercizio di un potere.

La stessa facolt  di recesso rappresenterebbe, del resto, un'ampia deroga all'importante principio civilistico *pacta sunt servanda*. Il comma 4 dell'art. 11, espressione della clausola *rebus sic stantibus*, delinea un rapporto consensuale tipicamente instabile e precario, in quanto orientato alla necessaria soddisfazione dell'interesse pubblico. Ne discende che la facolt  prevista nel comma 4 dell'art. 11 coincide piuttosto con la figura della revoca ex art. 21*quinq*ues²³⁰.

Gli accordi, poi, si differenzierebbero dal contratto per il fondamentale aspetto della mancanza di parit  sostanziale e formale fra i contraenti²³¹.

Il Codice civile ammette s  che una delle parti possa imporre contrattualmente all'altra le proprie condizioni, si pensi ai contratti c.d. *standard* disciplinati, in via generale, agli artt. 1341, 1342 e 1469*bis-sexies* c.c.; non ammette invece che il contratto, normativamente e aprioristicamente, disponga che l'interesse pubblico, perseguito dall'amministrazione, prevalga sempre e comunque su quello privato, come avviene puntualmente per gli accordi, stando alla lettera dell'art. 11.

Nell'accordo, del resto, convergono volont  di soggetti che non dispongono di un potere contrattuale paritetico. Infatti, il privato addiviene ad esso nell'esercizio della propria autonomia negoziale, la p.a., invece, nell'esercizio di un potere discrezionale, funzionalizzato inderogabilmente al perseguimento dell'interesse pubblico.

Proprio, la mancanza di parit  formale tra i contraenti, stante la convergenza di poteri e facolt  eterogenei non rendono configurabile in alcun modo il contratto.

²²⁹ In questi termini, M. DUGATO, *Atipicit  e funzionalizzazione nell'attivit  amministrativa per contratti*, Milano, Giuffr  Editore, 1996, p. 179; dello stesso autore si veda anche *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in S.C. MATTEUCCI, L. DEL FEDERICO (a cura di), *Azione amministrativa e azione impositiva tra autorit  e consenso*, FrancoAngeli, Milano, 2010, p. 73 e ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, op. cit., p. 160; G. SALA, *Accordo sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.* 1992, p. 233; G. PERICU., *L'attivit  amministrativa consensuale*, in L. MAZZAROLI ed altri (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1993, p. 1703.

²³⁰ S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, op. cit., p. 129 e ss. e 169 e ss..

²³¹ V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffr  Editore, 2003, p. 19 e ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attivit  amministrativa consensuale e accordi di programma*, op. cit., p. 67 e ss..

In favore della tesi pubblicistica, infine, si adduce l'ulteriore argomento della mancanza di patrimonialità delle prestazioni dedotte nell'accordo, così come richiesta dall'art. 1321 c.c..

La funzionalizzazione della prestazione dell'amministrazione al perseguimento dell'interesse pubblico, in particolare, prescinderebbe da ogni valutazione di carattere economico. Certo, l'amministrazione nel pervenire all'accordo dovrà agire secondo i canoni dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità, ma questi rimarranno pur sempre una delle tante componenti da prendere in considerazione, all'occasione della scelta del mezzo più congruo per la cura dell'interesse pubblico.

Dalla mancanza della natura patrimoniale della prestazione dell'amministrazione, discende l'inevitabile considerazione che essa non potrà essere intesa come una vera e propria obbligazione. E se non vi è obbligazione, non vi è neppure contratto.

Dall'accordo, perciò, scaturirebbero sì delle obbligazioni, ma solo dal lato del privato. Avendo natura vincolante, il negozio originerebbe, dal lato dell'amministrazione, invece, delle specifiche posizioni di doverosità che ineriscono alla sfera pubblicistica, rispetto alle quali essa si troverebbe nella stessa condizione di quando è chiamata ad eseguire la legge. L'accordo vincola l'amministrazione come se fosse una norma sulla procedura amministrativa²³².

Perciò, ancora una volta, l'accordo non è un contratto, proprio perché mediante il contratto è impossibile produrre effetti pubblicistici, ma solo modificazioni su rapporti giuridici patrimoniali. Solo attraverso l'accordo amministrativo è giuridicamente possibile provocare una modificazione che attiene alla sfera amministrativa²³³.

In definitiva, può dirsi, perciò, che al più «l'accordo costituirebbe un provvedimento a forma libera» ma non un contratto²³⁴.

2.3. *Le tesi intermedie.*

Il rifiuto di ridurre il fenomeno degli accordi entro una rigida scelta alternativa fra due antitetiche soluzioni, ha determinato la nascita di alcune ulteriori ricostruzioni intermedie.

Sul fronte privatistico è emersa la nozione di accordo come “contratto ad autonomia ristretta” o “contratto di diritto privato speciale”, mentre altri, soprattutto dopo le modifiche del 2005, hanno ravvisato un possibile ritorno della teoria del doppio grado. Dal lato pubblicistico, invece, altri ancora, nell'alternativa tra contratto di diritto

²³² Sul problema delle c.d. obbligazioni pubbliche negli accordi amministrativi cfr. F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, op. cit., p.270 e ss. e più in generale, R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Giuffrè, Milano, 1956; M.S. Gianni, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964; G. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1960; A. BRETTONI ARLERI, *Obbligazioni, obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966; ID. *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. dir. XXIX*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 383 e ss.; G. FALCON, *Obbligazione- obbligazioni pubbliche*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

²³³ V. MENGOLI, *Accordi amministrativi fra privato e pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 27.

²³⁴ M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, op. cit., p. 181.

pubblico e contratto ad oggetto pubblico, hanno inteso valorizzare il tenore testuale emergente dall'art. 11.

Secondo la prima prospettazione²³⁵, l'accordo pur rimanendo nell'ambito del diritto privato, partecipa dei medesimi vincoli in cui incorre la potestà amministrativa unilaterale, e discendenti direttamente dalla funzionalizzazione all'interesse pubblico.

Proprio questo dato, pur non escludente di per sé la natura di contratto di diritto privato dell'accordo, comporta l'impossibilità di un'integrale sostituzione della disciplina civilistica a quella pubblicistica. Perciò «la disciplina dell'atto amministrativo costituirebbe una sorta di diritto speciale del contratto», che aggiungendosi a quella di diritto comune finisce col limitare l'autonomia delle parti.

Ciò detto, pertanto, la p.a. sarebbe titolare di autonomia negoziale, ma limitatamente a quegli aspetti che non coincidono con il perseguimento dell'interesse pubblico.

In punto di disciplina, perciò, il contesto privatistico in cui si colloca la teoria comporta ulteriormente che le componenti dell'accordo che non costituiscono manifestazione di potestà amministrativa, o che pur costituendo conseguenze dell'esercizio del potere, non sono coperte da un regime pubblico, sono disciplinate dai principi del codice civile richiamati dal comma 2 (c.d. funzione complementare e integrativa).

Argomentando invece sulla base del nuovo comma 4bis, introdotto nell'art. 11 dalla l. n.15 del 2005, a norma del quale «a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui la 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», un'altra parte della dottrina ha allertato del possibile ritorno della teoria del doppio grado.

La norma, infatti, «preoccupata...di apprestare un atto che sia impugnabile da parte degli eventuali terzi...contrariamente al principio della fungibilità fra contratto e provvedimento», trasformerebbe gli accordi «in atti esecutivi di provvedimento secondo il modello consueto dei contratti ad evidenza pubblica». In questo modo «l'accordo sostitutivo di provvedimento diventa esecutivo di un provvedimento precedente e quello integrativo, in maniera del tutto barocca, si collocherà tra un provvedimento precedente e un provvedimento successivo»²³⁶.

²³⁵ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 114 e ss. L'A. avvertì anche in altri scritti precedenti dell'impossibilità di ricondurre completamente gli accordi entro la categoria dei contratti di diritto privato, al tempo stesso affermando come la disciplina codicistica fosse comunque ineludibile nell'economia complessiva della fattispecie, soprattutto nella fase dinamica ed esecutiva del rapporto. Cfr. G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, vol. 3, 2002; ID., *Attività consensuale dell'amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. economia*, 2002, p. 457 e ss.

²³⁶ Cfr. G. PASTORI *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in L. R. PERFETTI, *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, CEDAM, Padova, 2008, p. 4 ss. Già prima dell'intervento del 2005 sembra ravvisare una costruzione provvedimental-contrattuale nell'art. 11 anche S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, p. 521 e ss., secondo il quale «non può

Sicché il nuovo comma 4bis potrebbe anche essere inteso come volto ad istituzionalizzare «quel “previo” atto, che si è incontrato in molte costruzioni proposte dalla dottrina, oltre che nella giurisprudenza francese (il c.d. *acte détachable*) e nella normativa spagnola (*actos jurídicos separables*)»²³⁷.

Entro un’ottica pubblicistica, poi, l’accordo è stato ricondotto ad un *tertium genus*, diverso tanto dal contratto quanto dal provvedimento. L’art. 11 avrebbe introdotto nell’ordinamento una nuova figura di “ingegneria giuridica”, che fornisce una base ed una regolamentazione generale per tutti gli atti bilaterali conclusi tra p.a. e privati ed aventi ad oggetto l’esercizio del potere amministrativo, siano essi già previsti in disposizioni di settore, che diffusi soltanto nella prassi. Dunque, figura a sé stante con propri caratteri di specialità, alla quale sarebbe bene «lasciare...natura e *nomen* distinti da quelli del contratto», in quanto con l’art 11 (e 15) «viene introdotto in via originaria l’istituto giuridico dell’accordo amministrativo»²³⁸.

2.4. Gli orientamenti della giurisprudenza.

Nel corso del tempo la giurisprudenza, ordinaria e amministrativa, si è accostata all’istituto degli accordi amministrativi e alla questione della sua natura giuridica con atteggiamento differente. Dopo una prima iniziale diffidenza e noncuranza dello stesso istituto, il giudice si cimentò anch’egli, al pari della dottrina, nel tentativo di definire i connotati giuridici della figura.

A seguito di questo primo sforzo definitorio, interiorizzate le sfumature dottrinali sulla natura giuridica, il giudice amministrativo si assesta oggi verso un prevalente riconoscimento della natura pubblicistica degli accordi, salvo, in alcuni casi, tornare a dimostrare una rinnovata indifferenza rispetto alla questione.

esserci un accordo sull’esercizio della discrezionalità, poiché è *communis opinio* che l’esercizio di potestà pubbliche non possa formare oggetto di accordi di diritto privato». Da tali affermazioni, l’A. fa discendere che «non sia ha quindi un (impossibile) accordo sul contenuto discrezionale del provvedimento...ma un accordo [privatistico] conseguente ad una decisione unilaterale dell’amministrazione».

²³⁷ Così afferma Greco, in sede di commento all’allora d.d.l. 1281. Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, *op. cit.*, p. 85. Si veda, per questi aspetti, G. SCIULLO, *Profili degli accordi*, *op. cit.*, p. 817-818 e G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati*, *op. cit.*, p. 339 e ss.. Entrambi gli autori negano che la disposizione possa essere interpretata nel senso di un ritorno alla teoria del doppio grado.

²³⁸ Così, rispettivamente, M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell’attività*, *op. cit.*, p.191 e E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, *op. cit.*, p. 33. Si veda anche V. MENGOLI, *Accordi amministrativi fra privato e pubbliche amministrazioni*, *op. cit.*, p.28. e p. 47, ove fornisce una precisa definizione di accordo: esso «è l’accordo intercorrente fra una o più pubbliche amministrazioni ed una o più parti private, concluso in sostituzione di un provvedimento o per determinarne il contenuto. Tale accordo è diretto a produrre, in via diretta o mediata, gli effetti tipici del relativo provvedimento, nonché a costituire, regolare o estinguere tra le parti che lo hanno concluso un rapporto giuridico patrimoniale».

Ripercorrendo dall'inizio l'*iter* che contraddistingue i diversi orientamenti giurisprudenziali, piuttosto esiguo appariva inizialmente il numero delle sentenze che facesse diretta applicazione dell'art. 11 della l. 241/1990.

Nelle decisioni immediatamente successive all'entrata in vigore della l. 241, la norma non solo viene tenuta in scarsa considerazione dalla giurisprudenza, ma nonostante la sua portata generale, ad essa vengono preferite le singole disposizioni di settore già vigenti²³⁹.

Significativa, sotto questo punto di vista, è la pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, n. 7773 del 1992, che risolve a favore del giudice amministrativo una questione di giurisdizione in materia di convenzioni edilizie facendo applicazione non del comma 5 dell'art. 11, ma dell'art. 16 della Legge 28 gennaio 1977, n. 10, dichiarando espressamente come non fosse neppure necessario *«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»*²⁴⁰.

Se è pur vero che in questo primo periodo gioca un ruolo fondamentale il principio *tempus regit actum*, tuttavia non può non notarsi anche un atteggiamento estremamente prudente del giudice.

Secondo una lettura fortemente riduttiva dell'art. 11, l'accordo amministrativo sarebbe stato una figura nuova, che non ha pretese di assurgere a rango di categoria generale, al più affiancandosi ad altre manifestazioni di consensualità già presenti nell'ordinamento.

Sul preteso carattere esaustivo della disciplina speciale previgente, non mancavano perciò casi in cui non solo si riteneva superfluo, ma addirittura non consentito il ricorso ai principi della norma *de qua*²⁴¹.

Accanto a questa lettura sminuente dell'art. 11, in questa prima fase deve registrarsi anche una forte confusione nella giurisprudenza, che talvolta distingueva gli accordi disciplinati dall'art. 11, c.d. "moduli convenzionali nel procedimento", dal contratto di diritto pubblico, in quanto solo il secondo e non anche i primi darebbero vita ad obbligazioni in senso proprio.

²³⁹ Si vedano le osservazioni compiute al riguardo da N. AICARDI, in *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, op. cit., p.1 e ss.

²⁴⁰ Nello stesso senso Cass. SS.UU., 5 gennaio 1994, n. 59; Cass. SS.UU. 14 giugno 1995, n. 6687; Cons. St., sez. IV, 12 dicembre 1994, n. 1010; Cass. SS.UU., 19 luglio 1995, n. 7816; Cass. SS.UU., 27 aprile 1995, n. 4679; Cass. SS.UU., 28 aprile 1995, n. 4693.

²⁴¹ Significativa è, sotto questo profilo, Cass. SS.UU., 4 novembre 1994, n. 9130, che esclude l'applicabilità dell'art. 11 agli accordi per la cessione volontaria di beni espropriandi. Rientrano nel filone giurisprudenziale tendente ad escludere l'applicazione della legge n. 241 ai procedimenti già disciplinati da norme speciali, anche T.A.R. Campania, sez. I, 26 ottobre 1992, n. 309; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 17 marzo 1994, n. 147; T.A.R. Toscana, sez. III, 3 maggio 1994, n. 113. Esprime delle critiche a proposito di quest'orientamento A. PAJNO, *Gli strumenti dell'amministrazione consensuale*, in G. BERTI, G.C. DE MARTIN, *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 86, ove afferma: «un tal modo di pensare rischia di rendere, in concreto, inapplicabile la nuova disciplina a tutte le preesistenti figure di accordo; esito, questo, che, a tacer d'altro, sembra porsi in contrasto con la stessa legge 241/1990 che, indicando specificamente all'art. 13 i procedimenti non incisi dalla nuova disciplina lascia chiaramente intendere che, per il resto, essa trova applicazione con carattere di generalità».

In altri casi ancora, invece, la Corte faceva coincidere entro il *genus* «contratto di diritto pubblico», le *species* «contratto ad oggetto pubblico» e «contratto ad evidenza pubblica».

Così, per esempio, a proposito di una convenzione edilizia, la Cassazione ebbe a dire: *«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 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 accessorietà o ausiliarità); mentre il modulo convenzionale nel procedimento è quello che (attraverso la forma alternativa di un accordo officioso, 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»²⁴².*

Di lì a qualche anno, si perviene finalmente all'esplicito riconoscimento della portata generale e vincolante degli accordi tra P.A. e privati. *«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 sopravvenuti motivi di interesse pubblico (ai sensi dell'art. 11 c. 4, l. 241/1990). Comunque, finché non*

²⁴² Cass. Sez. I, 15 aprile 1992, n. 4572, in *Giust. Civ.*, 1992, I, p. 2037. Che così continua: *«l'accordo rileva all'interno del procedimento, come mera tecnica organizzativa di individuazione e selezione degli interessi in gioco, restando pur sempre il provvedimento, in che il procedimento si conclude, lo strumento giuridico ed il fondamento della correlativa composizione... Con l'ulteriore conseguenza che mentre il contratto, una volta esaurito il procedimento di evidenza pubblica, si pone come fonte autonoma di disciplina del rapporto..., il modulo convenzionale, viceversa, non raggiunge una equivalente autonomia giuridica, potendo alternativamente, o essere disatteso dalla P.A. (che anche dopo le intese raggiunte con il privato, resta pur sempre titolare del potere pubblicistico), ovvero, essere trasfuso in un elemento – eventualmente accidentale (condizione, onere) – del provvedimento che, come detto, è in questo caso l'unico strumento di regolazione del rapporto».* Nello stesso senso, Cass. SS.UU. 11 luglio 1994, n. 6527.

venga esercitato il potere di recesso, l'accordo resta vincolante e l'amministrazione non può assumere determinazioni unilaterali in contrasto con l'accordo stesso»²⁴³.

E' quindi solo a distanza di dieci anni dall'entrata in vigore della legge sul procedimento, che iniziano a comparire le prime pronunce in cui il giudice sviluppa la questione della natura giuridica, ora accedendo alla costruzione del contratto ad oggetto pubblico, ora a quella del contratto di diritto pubblico.

Per il primo propende quella giurisprudenza che sostiene: *«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»²⁴⁴.*

Ma l'inquadramento che è apparso più appropriato per gli accordi amministrativi è stato quello pubblicistico²⁴⁵. Anzi, si può dire che la prima presa di posizione in tal senso proviene proprio dal Consiglio di Stato, nel parere reso sul d.d.l. redatto dalla Commissione Nigro, e già preso in considerazione. In quell'occasione i giudici di Palazzo Spada non opposero riserve *«alle disposizioni (cc. 3, 4 e 5) che contemplano il recesso unilaterale dell'amministrazione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, la soggezione degli accordi ai controlli previsti per i provvedimenti e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.*

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»²⁴⁶.

Non manca di fornire un inquadramento pubblicistico, del resto, neanche la Corte di Cassazione, la quale, in un caso di accordo endoprocedimentale ex art. 11, ha rilevato che si trattava di accordo *«volto a determinare il contenuto di ... provvedimenti e ... quindi preordinato all'esercizio di una funzione amministrativa»*, traendo da tale circostanza l'argomento *«decisivo per escludere che l'oggetto dell'accordo abbia*

²⁴³ Cons. St., Sez. VI, 20 gennaio 2000, n. 264; Cons. St. Sez. Vi, 15 maggio 2002, n. 2636.

²⁴⁴ Cons. St., Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327, in *Foro amm.*, 2000, p. 891. Numerose sono le sentenze nelle quali compare la locuzione di "contratto ad oggetto pubblico", cfr. Cass. Civ., 21 novembre 2003, n. 17709, che qualifica contratto ad oggetto pubblico la cessione volontaria dei beni; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 10 maggio 2001, n. 1533, che parla di obbligazioni a oggetto pubblico con riferimento agli obblighi nascenti dagli strumenti della programmazione negoziata.

²⁴⁵ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 86; Cfr. anche G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi*, op. cit. p. 9. E' significativo il fatto che a riconoscerlo siano proprio fautori di tesi opposte a quella pubblicistica.

²⁴⁶ Cons. St., Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7, p. 34. Del resto che le *«convenzioni appartengono pienamente al diritto pubblico»* era già stato evidenziato da Nigro, con l'autorità che deve essere riconosciuta all'ideatore del testo legislativo.

natura meramente privatistica-patrimoniale», riconducendolo, così, tra gli «accordi o convenzioni di diritto pubblico»²⁴⁷. In un'altra pronuncia, ancora, si può leggere: «la suitas degli accordi ex lege 241-90 è non già rappresentato dal dato cronologico (di per sé non qualificante) di succedaneità dell'accordo ad un atto di iniziativa o di attivazione di un procedimento amministrativo da parte della P.A., bensì propriamente da un nesso funzionale di inerenza dell'accordo ad una potestà pubblicistica, della quale concorrono appunto (in forma partecipata) a determinare il modo e l'esito dell'esercizio»²⁴⁸.

Segna probabilmente l'affermarsi definitivo di questo secondo orientamento la nota sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, con la quale la Corte Costituzionale, facendo ordine nella disciplina dei rapporti tra giudice ordinario ed amministrativo, contenuta nella l. 20 luglio 2000, n. 205, fornì argomentazioni sufficienti per avvalorare, in via definitiva, la tesi del contratto di diritto pubblico²⁴⁹.

Rigettando il criterio di riparto «per blocchi di materie», la Corte, come noto, riconobbe che una materia può essere oggetto di giurisdizione esclusiva quando la P.A. agisce nell'esercizio di un potere autoritativo.

L'intera pronuncia ruota perciò intorno all'individuazione delle situazioni contraddistinte dalla presenza dell'autorità. Di fondamentale importanza, ai fini del nostro discorso, è la statuizione al punto 3.4.2.: «*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, riconosciutale 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)*».

²⁴⁷ Cass. SS.UU., 13 novembre 2000, n. 1174.

²⁴⁸ Cass. SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262. Numerosa ancora è la giurisprudenza che si rifà alla nozione di “contratto di diritto pubblico”. A titolo esemplificativo, Cass. Civ., 23 novembre 2004, n. 22105, a proposito della cessione volontaria; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 20 marzo 1998, n. 125, sulle convenzioni nell'ambito del servizio sanitario nazionale; Cass. Civ. 29 aprile 2004, n. 8212 e Cons. St, sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7188. Ribadisce, ancora, l'estraneità degli accordi all'attività privatistica della P.A. Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 390.

²⁴⁹ 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, rispettivamente, 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). Segue questa medesima *ratio*, la Corte Costituzionale anche nella successiva sentenza n. 191/2006, con cui ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 53, comma 1, del DPR n. 327/2001 (T.U. delle espropriazioni) nella parte in cui devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «*i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati*» oltre a quelle concernenti «*gli atti, i provvedimenti e gli accordi*» «*non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere*».

Diverse le considerazioni ricavabili dall'inciso appena citato.

Anzitutto dalle affermazioni della Corte discende la conferma che gli accordi ex art. 11 non solo presuppongono la sussistenza di un potere autoritativo, ma di quello costituiscono, a pieno titolo, una modalità alternativa di esercizio.

Inoltre, l'aver ricompreso nell'attività autoritativa anche gli accordi implica che quando il potere è dedotto in uno schema di natura negoziale, esso non vede svilita la propria connotazione pubblicistica.

Di fondamentale importanza risulta poi il richiamo espresso che la Corte compie all'art. 11 della legge 241, che assurge incontestabilmente adesso a referente normativo della fungibilità tra provvedimento ed accordo.

Queste considerazioni, insieme all'ulteriore spunto di riflessione derivante dall'attributo "negoziali" conferito agli strumenti sostitutivi del potere autoritativo, confermano l'adesione anche del Giudice delle leggi alla tesi ricostruttiva del contratto pubblicistico, essendo questa l'unica opzione interpretativa che riesce a conciliare nel medesimo atto l'autorità e il consenso.

Di contrario avviso i fautori della tesi privatistica sostengono, probabilmente con qualche forzatura, che l'inciso «pare lungi dall'affermare la natura pubblicistica (anzi, la natura pubblicistica e autoritativa) degli accordi, dato che afferma piuttosto che la giurisdizione esclusiva *in subiecta materia* va esente da pecche non perché gli accordi siano espressione di un potere di natura autoritativa, ma, piuttosto, perché essi *sostituiscono* atti di natura autoritativa»²⁵⁰

Non si può fare a meno di osservare come nella casistica giurisprudenziale in materia di accordi successiva alla pronuncia del 2004, l'orientamento pubblicistico sia andato rafforzandosi.

Traendo spunto proprio dalla sentenza 204/2004, il T.A.R. Puglia, per esempio, rifiuta esplicitamente la tesi contrattuale degli accordi, in favore di quella integralmente pubblicistica: *«Il Giudice delle leggi non ha mancato di operare un riferimento proprio all'art. 11 della L. 241/1990, recependo la tesi che gli accordi ex art. 11 sono stipulati dalla Pubblica Amministrazione in veste di autorità; ciò che induce a ritenere, sotto distinto profilo, che la disposizione appena citata resta schermata per il futuro, da ogni ipotesi di incostituzionalità in punto di giurisdizione. La conclusione cui è giunta sul punto la Corte Costituzionale induce il collegio a non seguire la tesi di una parte della dottrina e della giurisprudenza per la quale gli accordi disciplinati dall'art. 11 sarebbero contratti di diritto comune ad oggetto pubblico in cui, nonostante il vincolo teleologico di scopo, una volta perfezionato l'accordo e salvo il diritto di recesso della P.A., entrambe le parti restano vincolate all'esecuzione del contratto occupando reciproche posizioni giuridiche di diritto-obbligo. Conformemente all'indirizzo segnato dalla sentenza n. 204/2004 citata, il Collegio fa propria, invece, la tesi per la quale l'accordo ex art. 11 è un modulo di attività amministrativa alternativo al*

²⁵⁰ Cfr. G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi*, op. cit. p. 16.

provvedimento, funzionalizzato (oggettivamente orientato) all'esercizio del potere amministrativo, in cui la P.A. anche dopo la stipula rimane titolare di un potere pubblicistico (più che del recesso, di autotutela in via generale) a fronte del quale la posizione soggettiva posseduta dal privato assume consistenza di un interesse legittimo»²⁵¹.

Il pressoché definitivo accoglimento della tesi pubblicistica non impedisce però di considerare anche un'altra tendenza. In alcune, ancora isolate, pronunce, il giudice tenta di disfarsi della discussione sulla classica dicotomia tra contratto ad oggetto pubblico e contratto di diritto pubblico, dimostrando come, con buona pace dei teorizzatori dell'una e dell'altra tesi, applicandosi ora le disposizioni del diritto amministrativo, ora le norme di diritto privato, può pervenirsi al medesimo risultato (in genere l'invalidità e l'inefficacia dell'accordo)²⁵². Non sembra possibile condividere simili considerazioni. Se la declaratoria di nullità cui perviene il giudice può analogamente basarsi tanto sull'art. 21septies (o 21octies) della l. n. 241/1990 che sull'art. 1418 c.c. (o 1425 c.c), nondimeno rimane un dato differenziale non di poco conto, che si ripercuote sulla stessa tutela processuale del cittadino e coincidente nel termine per la proposizione della relativa azione giudiziaria.

Laddove, infatti, si acceda alla tesi pubblicistica, la posizione giuridica soggettiva del privato dinanzi all'accordo, inteso quale forma alternativa di esercizio del potere, assume consistenza di interesse legittimo, da tutelarsi entro gli stretti margini temporali previsti dal codice del processo amministrativo all'art. 31 comma 4 (o 29). Diversamente accade nel caso in cui si accolga la tesi privatistica, ove varrà l'ordinario termine di prescrizione decennale dei diritti soggettivi (o quello quinquennale, in caso di annullabilità). E ciò a riprova dell'importanza che da sempre assume la questione della natura giuridica da riconoscersi agli accordi in parola.

3. Il regime giuridico degli accordi tra pubblica amministrazione e privati.

L'art. 11 non contiene una disciplina compiuta degli accordi, a differenza di quanto accade nell'ordinamento tedesco, in seno al quale la *Verwaltungsverfahrensgesetz* disciplina in modo compiuto, ai § 54-62, la categoria dei c.d. contratti di diritto

²⁵¹ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, 17 febbraio 2005, n. 592. Tra le sentenze successive che accolgono la tesi della natura pubblicistica, cfr. Cons. St., Sez. IV, 5 novembre 2004, n. 7245; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 13 giugno 2006, n.542; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I 4 giugno 2013, n. 899 che si richiama espressamente alla sentenza della C.Cost. 204/2004; Cons. St., Sez. VI, 19 maggio 2012, n. 3202; Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4179, che fornisce una sofisticata ricostruzione storica degli accordi, con riferimenti all'originaria teorica tedesca sulla *Naturalisation* e la *Beamtenanstellung*, all'attuale *öffentlich-rechtlicher Vertrag*, nonché all'esperienza francese dei *contrats administratifs*; Cons. St., Sez. V, 14 ottobre 2013, n. 5000; Corte Conti reg. Sicilia, sez. giurisd. 24 gennaio 2011, n. 198.

²⁵² T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4026; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253.

pubblico²⁵³. In presenza di poche indicazioni normative, pertanto, la determinazione della disciplina applicabile è il frutto di un'operazione di natura interpretativa.

La dottrina ritiene che il regime giuridico degli accordi possa scaturire da quattro serie di fonti «ordinate in modo per certi aspetti gerarchico»: 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 negoziale²⁵⁴.

3.1. Le regole individuate dall'art. 11.

L'art. 11 enuncia una disciplina relativamente completa dei momenti procedurali. Dalla lettura congiunta degli articoli 7, 9, 10 e 11 della l. 241/1990 si ricava, infatti, la necessaria collocazione degli accordi in seno al procedimento²⁵⁵.

In conseguenza degli apporti partecipativi del privato, quali «*memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento*», e che 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 qualunque 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 concludere accordi «*al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*». In tal caso è possibile anche la predisposizione di un calendario di incontri da parte del responsabile del procedimento, al fine di favorirne la stipula.

A ben vedere, la proposta di accordo potrebbe provenire non solo dal privato ma anche da parte della stessa amministrazione, e del resto essa potrebbe ascrivere proprio tra i compiti del responsabile del procedimento, di cui all'art. 6, e, in particolare, tra quelli volti a garantire «*l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria*».

Come emerge già da questa breve descrizione, il modello procedimentale delineato dagli artt. 6-11, presuppone che un procedimento sia già iniziato. Tuttavia non può ritenersi che questo sia anche l'unico modo in cui si svolga la fase iniziale delle trattative, che spesso avvengono, ufficiosamente, al di fuori dello stesso procedimento, o prima che questo abbia inizio²⁵⁶.

²⁵³ Per un'analisi della disciplina tedesca, si rinvia al successivo § 4.1.

²⁵⁴ N. AICARDI, in *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi*, op. cit., pag 33.

²⁵⁵ Gli accordi tra amministrazione e privati rivelano «*un nesso strettissimo con la partecipazione procedimentale, tanto che può dirsi che non possono concludersi accordi al di fuori e prima dell'avvio al procedimento e che non siano espressione della partecipazione procedimentale tesa a stabilire nel caso concreto quale sia l'interesse pubblico*», Cons. St., Sez. V, 20 ottobre, 2005, n. 5884.

²⁵⁶ Come si legge in T.A.R. Liguria, Genova sez. I, 25 giugno 2007, n.1233: «*il tenore letterale dell'art. 11, l. n. 241 del 1990 sembra individuare nel procedimento il luogo elettivo per la stipulazione di accordi fra amministrazione e privati; tuttavia, occorre superare il rigido dato testuale, sul rilievo che la*

In linea con i principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa nonché di certezza dei rapporti giuridici è però preferibile che le negoziazioni avvengano comunque in un contesto formale e procedimentalizzato. Ciò in particolare ove si consideri che la posizione giuridica che vanta il soggetto privato anche nella fase delle trattative condotte al di fuori di un procedimento viene intesa alla stregua di un interesse legittimo pretensivo, tutelabile, quindi anche in forma risarcitoria²⁵⁷.

Le previsioni di cui ai commi 2, 3, e 4bis fungono da garanzia del soddisfacimento del pubblico interesse, nonché dei principi di pubblicità, trasparenza ed imparzialità, ai quali deve risultare sempre preordinata l'attività amministrativa consensuale.

Nello specifico, il comma 2 richiede anzitutto la forma scritta *ad substantiam*.

La funzione svolta dal requisito formale risulta del resto agevolare anche l'azionabilità degli strumenti di tutela processuale da parte dei terzi.

L'art. 1 comma 47 della l. n. 190/2012, recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* inoltre ha modificato il comma 2, aggiungendo un obbligo di motivazione degli accordi ai sensi dell'art. 3, l. n. 241/1990.

In continuità con le finalità anticorruptive proprie dell'intervento legislativo, l'obbligo di motivazione degli accordi amministrativi rappresenta una nuova attuazione dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa.

Non pochi i mutamenti che dipendono dalla previsione di un obbligo espresso. Anzitutto, da un punto di vista formale, la giurisprudenza, anche recente, aveva sostenuto che l'obbligo della forma scritta risultava adempiuto anche senza che fossero rispettate particolari formalità, per cui era sufficiente la semplice sottoscrizione da parte di entrambi i contraenti del «verbale di una riunione che...contenga una specifica

*modalità procedurale tratteggiata dal legislatore non costituisce di per sé un connotato qualificante degli accordi, il cui elemento differenziale è rappresentato dall'inerenza all'esercizio di potestà pubblicistiche e non dalla consequenzialità ad un avvio di procedimento; deve correlativamente ammettersi che l'iniziativa finalizzata alla conclusione dell'accordo possa nascere anche al di fuori e prima di un procedimento, qualora il privato, ad esempio, reputi più conveniente addivenire ad una regolamentazione concordata di un certo rapporto con la p.a., piuttosto che attenderne (o sollecitarne a sua volta) la definizione unilaterale ad opera della controparte pubblica». Sulla non necessaria collocazione degli accordi all'interno di un procedimento, anche la già citata Cass. SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262. Sul punto, cfr. in dottrina N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 563.*

²⁵⁷ La posizione del privato, che se considerata nel suo essere manifestazione di autonomia privata, troverebbe tutela esclusivamente nel principio di buona fede nella conduzione delle trattative contrattuali, se vista sotto un profilo dinamico, in quanto posta in relazione con l'esercizio di quello che rimane un potere discrezionale dell'amministrazione, acquista consistenza di interesse legittimo. Cfr. in questo senso, Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7955; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 25 giugno 2007, n. 1233. Ciò risulterebbe confermato anche da quell'orientamento giurisprudenziale che richiede un preciso obbligo di motivazione nel provvedimento amministrativo finale circa il definitivo mancato utilizzo dello strumento dell'accordo, Cfr. T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 25 giugno 2007, n. 1233; T.A.R. Sardegna, sez. II 17 gennaio 2006 n.16; o in quello che riconosce l'insorgenza di un obbligo dell'amministrazione non di accettare ma di prendere posizione sulla proposta del privato, tutelabile anche mediante l'azione avverso il silenzio e salvo comunque il limite delle istanze palesemente abnormi, Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7955; Cass. SS.UU. 12 marzo 2001 n. 105.

descrizione del contenuto delle decisioni»²⁵⁸. Con l'entrata in vigore della nuova disposizione, il solo verbale potrebbe non ritenersi più sufficiente, dovendo emergere dal testo dell'accordo l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

Sarà invece interessante verificare quale potrà essere l'approccio che riserverà il giudice nei confronti di questo nuovo obbligo. La collocazione della nuova previsione tra i requisiti formali dell'accordo dovrebbe quantomeno suggerire un rifiuto di soluzioni di tipo sostanziale. Nulla, inoltre, specifica la norma per il caso di mancata motivazione, se debba estendersi la sanzione della nullità, ovvero se debba parlarsi più semplicemente di annullabilità, secondo quanto previsto per i provvedimenti amministrativi, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 3 e 21^{octies}, cui pure la norma fa riferimento.

Il comma 3, poi, prescrive che l'accordo sostitutivo sia sottoposto ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti amministrativi.

La *ratio* della norma è anzitutto quella di evitare che la scelta del modulo consensuale si trasformi in un'elusione delle forme di verifica cui sono soggetti i provvedimenti. Sotto questo profilo, del resto, l'accordo integrativo non differisce dal regime espressamente previsto per l'accordo sostitutivo.

Mentre quest'ultimo sarà oggetto diretto del controllo, il secondo lo sarà in quanto recepito nel provvedimento finale.

Il giudice, inoltre, ha ritenuto che la previsione integri un'implicita condizione risolutiva dell'accordo, la cui efficacia è subordinata, appunto, all'esito positivo di tali controlli²⁵⁹.

Infine, il comma 4^{bis} – introdotto dalla novella del 2005, per controbilanciare la riconosciuta atipicità degli accordi sostitutivi – prevede ad espressa tutela del principio di buon andamento ed imparzialità che la conclusione dell'accordo debba essere preceduta da una deliberazione dell'organo competente ad adottare il provvedimento finale.

Da un punto di vista soggettivo, posto che la competenza dell'adozione del provvedimento finale e della sottoscrizione dell'accordo coincidono nel medesimo organo, la norma va intesa anzitutto come una forma di autorizzazione e quindi di legittimazione del responsabile del procedimento alla conduzione delle trattative, quando quello sia persona diversa dal dirigente dell'unità organizzativa.

²⁵⁸ Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2011, n. 6261; cfr. anche Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344: «Affinché possa dirsi perfezionato un accordo amministrativo è sufficiente che le parti abbiano sottoscritto il verbale di una riunione nel corso della quale siano state concordate le modalità di successivo esercizio da parte dell'amministrazione di una sua competenza». Diversamente non può essere ritenuto nullo un accordo concluso per fatti concludenti, cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I., 12 ottobre 2010, n. 4026.

²⁵⁹ T.A.R. Lazio, Sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563.

Sotto il profilo oggettivo, la norma nulla dispone circa il contenuto delle determinazioni.

In sede di elaborazione della disposizione durante i lavori parlamentari, un ulteriore comma, poi espunto dall'ordito definitivo, prevedeva che la determinazione preventiva dovesse contenere l'indicazione del fine dell'accordo; i costi e i vantaggi della scelta, anche in relazione ai principi di economicità e semplificazione dell'azione amministrativa; l'oggetto dell'accordo, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; la modalità di scelta del contraente, ove sia possibile la comparazione fra più soggetti in relazione al contenuto dell'accordo; la copertura finanziaria ed economica dell'impegno da assumere.

Anche in assenza di previsione normativa espressa, si è però sempre ritenuto che la determinazione debba indicare le ragioni per cui lo strumento consensuale sia ritenuto più idoneo di quello provvedimentale per la soddisfazione dell'interesse pubblico nel caso concreto, nonché lo scopo che l'amministrazione intende perseguire mediante la stipulazione dell'accordo. Al tempo stesso, si è pure ritenuto che la determinazione non debba risultare necessariamente in un atto separato dall'accordo, potendo costituirne la premessa. Non era insolito perciò ravvisare nei commenti alla norma un accostamento dei contenuti della determina all'obbligo di motivazione ex art. 3 LPA²⁶⁰.

Se così è, risulta adesso difficile concepire un possibile coordinamento tra il nuovo obbligo di motivazione espressa dell'accordo e la previsione di cui al comma 4bis, almeno sotto il profilo oggettivo²⁶¹.

In applicazione della regola *rebus sic stantibus* che governa l'esercizio di un potere sempre funzionalizzato alla cura di un mutevole interesse pubblico, e dunque, a garanzia del fatto che l'amministrazione anche quando si accorda con il privato non perde il proprio potere autoritativo, sta la previsione di cui al comma 4 sul recesso.

L'amministrazione potrà perciò recedere dall'accordo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo, in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato²⁶².

La norma, che costituisce la valvola di sfogo della giustificabilità della negoziabilità delle potestà amministrative, palesa la disparità di posizioni tra le parti contraenti, insita nel modulo consensuale. La facoltà di recesso dall'accordo è infatti riconosciuta soltanto all'amministrazione. Come si vedrà, per esempio l'ordinamento tedesco ha inteso estenderla anche al soggetto privato.

²⁶⁰ Cfr. per questi aspetti P. GRAUSO, *Gli accordi della P.A. con i privati*, op. cit., p. 120 e ss.; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike giuridica, 2010, p. 1312 e ss.; L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, in *Diritto e amministrazione, itinerari di storia del pensiero*. Giappichelli, Torino, 2011, p. 119 e ss..

²⁶¹ Esprime un giudizio negativo sull'introduzione di un obbligo di motivazione degli accordi, in quanto essa finisce col costituire un mero duplicato della determinazioni di cui al comma 4bis B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2, 2013, p. 123 e ss.

²⁶² Sulla determinazione del quantum indennizzabile, su cui nulla dispone la norma, cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, op. cit., p.198 e ss..

La facoltà in parola trova applicazione nel solo caso degli accordi sostitutivi, valendo nel caso di accordi integrativi il generale potere di revoca del provvedimento finale di cui all'art. 21 *quinquies*²⁶³.

La norma, inoltre, è stata letta da alcuni nel senso di un dovere dell'amministrazione di recedere dall'accordo ogniqualvolta esso non risulti più congruo alla cura dell'interesse pubblico²⁶⁴. Altri invece non hanno mancato di osservare come essa debba almeno sondare la possibilità di procedere ad una modifica e ad una rinegoziazione del suo contenuto prima di procedere al recesso, verifica della quale l'amministrazione dovrà dare riscontro nella motivazione del provvedimento di recesso²⁶⁵.

Non può non completare la disamina delle disposizioni dell'art. 11, la previsione di carattere processuale, che devolve le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La norma prima contenuta nell'ultimo comma dell'art. 11, figura oggi, per effetto dell'art. 4 comma 1, all. 4, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, nel nuovo art. 133, comma 1 lett. a) n. 2 del codice del processo amministrativo²⁶⁶.

3.2. *Le previsioni delle leggi settoriali.*

Il novero delle previsioni di settore che individuano e disciplinano specifiche ipotesi di accordi tra p.a. e privato è ampio. Ciò corrisponde da un lato alla accresciuta tendenza del legislatore, invero già manifestata prima dell'entrata in vigore della l. n. 241²⁶⁷, ad ammettere il ricorso a forme consensuali di esercizio del potere, e dall'altro

²⁶³ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IIter, 3 marzo 2006, n. 1677; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 3 marzo 2006, n. 1654; T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 27 maggio 2010, n. 3551. Sull'istituto in parola, e sulla sua qualificazione come revoca basti qui citare S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, op. cit., in particolare p. 169 e ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, op. cit., p. 185 e ss.; E. MAURO, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2004, p. 554 e ss.

²⁶⁴ T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 30 dicembre 2011, n. 2077. In dottrina si veda anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, ESI, Napoli, 2006, p. 115 e ss.

²⁶⁵ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, op. cit., p. 249; V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 188.

²⁶⁶ Merita di essere segnalata la pronuncia T.A.R. Lombardia, Brescia, 29 settembre 2005, n. 903, secondo cui le controversie instaurate dal terzo non rientrerebbero nella giurisdizione esclusiva, ma in quella generale di legittimità, con conseguente applicabilità del normale criterio di riparto basato sul *petitum sostanziale*: «ne consegue che nel solo caso di affermata lesione di interessi legittimi i terzi sono legittimati ad adire il g.a., impugnando l'accordo, mentre qualora i terzi lamentino la lesione di diritto soggettivi...saranno invece legittimati a ricorrere al g.o., il quale, ove ne ricorrano i presupposti, potrà disapplicare l'accordo limitatamente alla parte lesiva dei diritti medesimi».

²⁶⁷ Tra le figure consensuali ricondotte *ex post* nella figura degli accordi amministrativi possono citarsi, *inter alia*, anche gli strumenti dell'incentivazione economica delle imprese. Proprio questi, come si vedrà nelle successive analisi del modello francese e spagnolo, costituiscono una delle prime manifestazioni del principio di consensualità anche in questi ordinamenti, la prima, sicuramente, che stimolò il dibattito e che spinse anche la dottrina francese e spagnola a ragionare su questi temi. Quanto all'equivalente *querelle* italiana si veda V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a*

dello stesso giudice amministrativo a ricondurre entro l'art. 11 istituti già presenti nell'ordinamento²⁶⁸.

La declinazione settoriale degli accordi amministrativi comprende perciò le materie e gli istituti più disparati²⁶⁹.

Senza pretesa di esaustività alcuna, può qui ricordarsi, anzitutto la cessione volontaria, oggi disciplinata dagli artt. 20 commi 8-10 e 45 del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, T.U. in materia di espropriazione per pubblica utilità. Si tratta, invero, del più classico esempio di fattispecie riconducibile alla previsione *de qua*. Già l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato in sede di parere riconosceva, infatti, quale esempio concreto di accordo sostitutivo, quello degli accordi amichevoli in materia espropriativa²⁷⁰.

Inoltre, la stessa storica fattispecie della concessione-contratto, elaborata dalla giurisprudenza d'inizio Novecento per spiegare la convergenza tra la disciplina civilistica del rapporto obbligatorio sorgente con il concessionario di un pubblico servizio e l'esercizio di poteri pubblici dell'amministrazione, è oggi generalmente ricondotta nell'alveo della norma in analisi

La casistica è qui quanto mai varia: si va dalle concessioni del servizio di riscossione dei tributi²⁷¹, alle concessioni di aree demaniali e di banchine, dalle convenzioni di accreditamento nel Servizio sanitario nazionale²⁷², a quelle di servizio di autolinee²⁷³, e ancora, da quelle di costruzione e gestione di parcheggi²⁷⁴ a quelle di distribuzione del gas metano²⁷⁵, e l'elenco potrebbe ancora continuare.

privati, ESI, Napoli, 1964; L. BENADUSI, *Attività di finanziamento pubblico: aspetti costituzionali e amministrativi*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1966, p. 890 e ss.; F. MERUSI, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Giuffrè, Milano, 1968; D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Angeli, Milano, 1971, G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1967-1971; G. SANVITI, *Gli accordi tra lo Stato e le imprese nel quadro della contrattazione programmata*, Giuffrè, Milano, 1974.

²⁶⁸ E' stata osservata una tendenza della giurisprudenza alla c.d. «deformalizzazione» degli accordi amministrativi, in cui l'art. 11 viene considerato come una sorta di «formula riassuntiva di regole generali» nella quale ricondurre una pluralità eterogenea di fattispecie, talvolta anche del tutto estranee alla *ratio* della norma. In questo senso, N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 563.

²⁶⁹ Cfr. per questi aspetti, la ricognizione compiuta da S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, Giappichelli, 2007. Per l'applicazione dell'art. 11 nella materia dell'urbanistica e dell'edilizia si veda il successivo Capitolo III.

²⁷⁰ Cons. St. Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7. E più recentemente Cass., Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901; Cass. Sez. I, 18 ottobre 2001, n. 12704; Cass., Sez. I, 11 marzo 2006 n. 5390; T.A.R. Sicilia - Catania, sez. II, 31 luglio 2008, n. 1468; T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, Sez. I, 25 giugno 2008, n. 293; Cass., Sez. II, 22 maggio 2009, n. 11955.

²⁷¹ Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236.

²⁷² Cass., SS. UU., 17 novembre 1994, n. 9747; T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, 25 maggio 2006, n. 2012; T.A.R. Sicilia Catania, Sez. II, 13 maggio 2005, n. 812.

²⁷³ Cons. St., Sez. VI, 7 maggio 2003, n. 2416.

²⁷⁴ T.A.R. Umbria, 24 marzo 1999, n. 218; Cass. SS. UU., 10 dicembre 2001, n. 15608.

²⁷⁵ Cons. St., Sez. V, 13 marzo 2000, n. 1327.

Al paradigma offerto dalla legge sul procedimento è stata altresì ricondotta, infine, 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 paesaggio²⁷⁶.

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

Il comma 2 dell'art. 11 prescrive che agli accordi «...si applicano, ove non diversamente previsto i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili». Come si è detto, molto della questione circa la disciplina applicabile va risolto alla luce delle ricostruzioni dogmatiche sulla natura giuridica degli accordi. Così, il rinvio ermeneutico di cui al comma 2, che ha diviso la dottrina, assume maggiore o minore elasticità a seconda che si aderisca alla tesi pubblicistica o a quella privatistica. Com'è stato giustamente osservato, appare tuttavia poco utile il tentativo di predeterminare un catalogo di norme del codice civile applicabili anche agli accordi, in quanto la valutazione di compatibilità richiesta dall'art. 11 è giudizio che deve essere compiuto caso per caso²⁷⁷.

Trovano sicuramente applicazione – le due tesi convergono senza alcuna difficoltà – alcuni principi generali come il principio di buona fede (art. 1337) e l'obbligo di comportarsi con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.), nonché, le norme in materia di interpretazione del contratto (artt. 1362-1371 c.c.).

Si ritengono, inoltre, tendenzialmente applicabili anche le disposizioni sulla formazione del contratto²⁷⁸. L'incontro delle manifestazioni di volontà si perfeziona nel momento in cui il proponente ha conoscenza dell'accettazione della proposta. 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» (art. 1326 c.c.).

L'applicazione di queste regole dovrebbe essere compiuta tenendo in debito conto anche il necessario contesto procedimentale. Come giustamente osserva il giudice amministrativo a proposito di un accordo integrativo: «nella prassi dei procedimenti amministrativi è possibile 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

²⁷⁶ Cons. St., Sez. V, 3 giugno 1996, n. 621; Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 390; Cons. St., Sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 727.

²⁷⁷ N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, op. cit., p. 569.

²⁷⁸ Cfr. su questi aspetti V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 55 e ss.

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»²⁷⁹.

A rigore, potrebbe inoltre avere spazio anche l'art. 1328 sulla revoca della proposta e dell'accettazione²⁸⁰,

Nel caso in cui sia l'amministrazione ad esercitare il proprio *ius poenitendi*, la giurisprudenza impone una precisa motivazione delle ragioni per cui essa non ritiene più necessaria la stipula dell'accordo²⁸¹.

Per quanto riguarda i possibili strumenti a disposizione del privato, questi vanta un interesse legittimo pretensivo alla stipula, pertanto, in astratto, potrebbe essere esperita anche un'azione processuale tesa a sollecitare una rivalutazione da parte della p.a. delle proprie posizioni, mentre, chiaramente non potrebbe mai essere finalizzata alla determinazione da parte del g.a. del contenuto dell'accordo²⁸².

Al tempo stesso, anche il privato potrà revocare la propria proposta (o accettazione) prima che il procedimento amministrativo sia concluso.

In entrambi i casi troverà evidentemente applicazione anche il principio di buona fede nella formazione del contratto e della responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative (art. 1337 c.c.).

Invece, le posizioni soggettive radicantesi in capo al contraente privato a seguito della sottoscrizione dell'accordo, mutano a seconda che si tratti di accordo integrativo o sostitutivo. Quest'ultimo, invero, è fonte immediata di diritti soggettivi all'adempimento, in quanto l'accordo è vincolante ed ha efficacia di legge tra le parti²⁸³. l'accordo procedimentale, invece, non incide sulla consistenza di interesse legittimo all'emanazione del provvedimento finale.

A proposito dell'inadempimento, occorre distinguere i rimedi riconosciuti a favore del privato e quelli a favore dell'amministrazione.

Quanto ai primi, tra le varie opzioni riconosciute dalla dottrina e dalla giurisprudenza²⁸⁴ possono annoverarsi il ricorso avverso il silenzio²⁸⁵, l'azione risarcitoria ex art. 1218 c.c., l'azione di accertamento dell'inadempimento dell'amministrazione e la possibilità di esperire il successivo giudizio di ottemperanza; la generale azione di legittimità per violazione di legge (art. 11) ed eccesso di potere, quando l'amministrazione emetta un provvedimento anche solo parzialmente difforme

²⁷⁹ T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 13 luglio 2006, n. 1369.

²⁸⁰ «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.»

²⁸¹ Vd. *supra* nota 49.

²⁸² V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 125.

²⁸³ La giurisprudenza ormai unanimemente riconosce l'applicabilità dell'art. 1372 anche agli accordi amministrativi. Cfr. da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 19 maggio 2012, n. 3202; T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 21 giugno 2013, n. 370; T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 08 maggio 2013, n. 251; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 30 dicembre 2011, n. 2077.

²⁸⁴ Si vedano le ricostruzioni compiute nella già citata sentenza Consiglio di Stato, 15 maggio 2002, n. 2636.

²⁸⁵ Si veda, *inter alia*, T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I, 25 giugno 2007, n. 1233.

rispetto a quanto pattuito. Una tesi minoritaria, di matrice privatistica, ritiene infine possibile l'esperimento dell'azione ex art. 2932 c.c., ossia l'esecuzione forzata in forma specifica del contratto preliminare, ravvisandosi nella sequenza accordo-provvedimento la sequenza contratto preliminare-contratto definitivo²⁸⁶.

Proprio quest'ultima è invece stata ammessa dalla recente A. Plenaria n. 28/2012, quando ad agire sia l'amministrazione, in un giudizio a c.d. parti invertite²⁸⁷.

Essa perciò disporrà ora di un nuovo mezzo processuale oltre agli ordinari rimedi civili già previsti per ottenere l'adempimento del privato o la risoluzione dell'accordo. Ad essi inoltre si affiancherà – ove si acceda alla tesi pubblicistica – il potere di autotutela che l'amministrazione conserva anche durante la fase dell'esecuzione dell'accordo²⁸⁸. Diversamente, quest'ultimo è negato dalla tesi del contratto ad oggetto pubblico, secondo cui non sarebbero ammissibili altre forme di ripudio unilaterale dell'accordo al di là dell'ipotesi di recesso.

Infine, con riferimento alla patologia degli accordi, la asserita natura privatistica dell'accordo implica la piena e sicura applicabilità delle norme in tema di nullità, annullamento, rescissione, in luogo di quelle pubblicistiche di cui agli artt. 21septies e 21octies. Evidentemente in senso opposto vanno le conclusioni dei fautori della tesi del contratto di diritto pubblico.

²⁸⁶ Nella sentenza del Consiglio di Stato, 15 maggio 2002, n. 2636, i giudici negano la possibilità di quest'ultima azione, in quanto «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». Tra le pronunce che ammettono l'applicabilità dell'art. 2932 c.c., cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 13 agosto 2003; T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I. 23 gennaio 2007, n. 79; T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, 11 marzo 2009, n. 1146; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 11 giugno 2009, n. 1731.

²⁸⁷ Cfr. 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 di 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 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*». Per un commento alla sentenza, si veda. R. BERTOLI, *Convenzioni urbanistiche, accordi amministrativi ed esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. innanzi al g.a.*, Nota a Cons. St., A. Plenaria., 16 aprile/20 luglio 2012, n. 28, in *RGU*, 1-2/2013, p. 28 e ss.;

²⁸⁸ Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n.6344.

3.4. Le clausole dell'accordo definibili dalle parti nello scambio negoziale.

Aspetto interessante è infine quello del contenuto o dell'oggetto dell'accordo concretamente definibile dalle parti nel libero gioco delle negoziazioni.

Fermo l'assunto secondo cui nell'accordo convergono facoltà e poteri eterogenei, l'autonomia negoziale del privato e il potere discrezionale della p.a., potrebbe dirsi che come nel contratto le parti, ai sensi dell'art. 1322 c.c., «*possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*», anche nell'accordo esse godrebbero di un certo margine di manovra nel «*determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale*». Ciò implica, in astratto, che il contenuto "normale" del provvedimento amministrativo possa subire delle variazioni per effetto della volontà delle parti.

Sul punto, tuttavia, non vi è unanimità di soluzioni, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza²⁸⁹.

Questa libertà nell'accordo amministrativo – e qui sta la differenza con il contratto – convive infatti con limiti assai più estesi e stringenti, derivanti dalla necessità di bilanciare opposti principi, quello dell'autonomia negoziale del privato, da un lato, e quelli di legalità e di proporzionalità, che reggono l'azione amministrativa, dall'altro. Cionondimeno si può ritenere che questo non sia un aspetto legato alla *querelle* sulla natura giuridica, in quanto anche chi sostiene la tesi del contratto ad oggetto pubblico ammette senza difficoltà la convergenza nel negozio di un'autonomia negoziale privata potenzialmente illimitata, salvo il limite della liceità e della meritevolezza della tutela da parte dell'ordinamento degli interessi perseguiti dal singolo, e di una potestà amministrativa discrezionale, per converso, limitata e vincolata dal perseguimento dell'interesse pubblico.

L'aspetto problematico della questione consiste perciò proprio nello stabilire se vi è oppure no la possibilità per le parti di determinare il contenuto dell'accordo, deducendo prestazioni diverse da quelle previste legislativamente, che l'amministrazione potrebbe già ottenere con un provvedimento e mediante l'esercizio unilaterale del proprio potere.

Premettendo che su questi aspetti si sono manifestate in giurisprudenza due opposte visioni²⁹⁰, a nostro giudizio è possibile trovare un punto di equilibrio e di convergenza

²⁸⁹ Cfr. su questi aspetti A. TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, vol. 5, 2002, p. 274 e ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, *op. cit.*, in particolare p. 275 e ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, *op. cit.*, p. 127 e ss.; M. DUGATO, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, *op. cit.*, p. 73 e ss.; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, CEDAM, 2012, p. 293 e ss..

²⁹⁰ Quella secondo cui l'amministrazione non può esigere dal privato prestazioni diverse ed ulteriori, rispetto a quelle già previste nella legge, in quanto l'accordo non si pone in alternativa all'esercizio del potere, ma di quello costituisce soltanto una diversa modalità di manifestazione; e quella secondo cui è possibile dedurre nell'accordo prestazioni straordinarie, se ed in quanto accettate dal privato nell'esercizio della sua autonomia negoziale. Si contrappongono sul fronte delle due tesi, da ultimo, rispettivamente T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4026 e Cons. St., Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545. Cfr. M. CUNDARI, *Il principio di legalità e gli accordi amministrativi*, in *GDA*, 6, 2011, p. 637 e ss. Si

tra le due, attraverso l'analisi della portata e dei limiti prodotti da ciascun principio involto nella fattispecie.

Chiaramente un primo generale limite discende dal principio di legalità in senso stretto.

E' pacifico che l'amministrazione non può ricorrere agli accordi per contraddire o violare obblighi imposti da norme giuridiche. L'accordo, cioè, non può rendere possibile ciò che è vietato dalla legge²⁹¹.

Del resto, anche nell'ordinamento civilistico vigono norme ispirate alla medesima *ratio*. Lo stesso art. 1322 riconosce l'autonomia contrattuale «*nei limiti imposti dalla legge*», mentre l'art. 1374 fa della legge medesima una delle fonti del contenuto del contratto²⁹².

In secondo luogo, il principio di legalità deve essere percepito sotto la sua luce di garanzia a che nessuno possa essere vincolato, se la legge non lo consente, dalla volontà altrui.

Sotto questo profilo, gli accordi amministrativi possono essere apprezzati sotto una duplice veste.

Anzitutto, da un punto di vista soggettivo, mentre nel diritto privato vige *l'intuitus personae*, ed il singolo è libero di concludere un contratto con una parte piuttosto che con un'altra, negli accordi amministrativi questa libertà di scelta è elisa dalle regole sulla competenza, che individuano inderogabilmente il soggetto pubblico cui avanzare la proposta.

Ma l'aspetto più rilevante è dato dal fatto che nella fase delle negoziazioni il privato resta sempre esposto all'eventualità che l'amministrazione decida di ritornare ad un esercizio non consensuale dei propri poteri autoritativi.

Il soggetto pubblico dispone, in questo senso, di un'innegabile forza contrattuale, tendenzialmente più alta rispetto a quella privata, specie se si tratta di un singolo e non di un'impresa commerciale.

Sotto questo profilo, l'accordo perciò tende ad assumere le sembianze di uno strumento ambiguo ed ambivalente. Il rischio è del resto duplice: che l'amministrazione riesca, per via di accordo, ad imporre oneri eccessivamente gravosi al privato; che il privato si accoli prestazioni aggiuntive a titolo di corrispettivo da versare all'amministrazione per garantirsi il suo consenso.

Si tratta qui di capire, allora, se il mero consenso del privato costituisca titolo sufficiente per dedurre nell'accordo obbligazioni diverse rispetto a quanto previsto nella legge, posto che travalicato il limite del principio di legalità, il resto è tutto rimesso all'autonomia negoziale del singolo.

assesta, più di recente, sul secondo filone anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II 8 settembre 2011, n. 2193.

²⁹¹ A. TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Il Foro Italiano*, vol. 5, 2002, p. 279.

²⁹² «*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge...*».

La nostra legislazione – e qui sta il punto – non conosce una disposizione analoga a quella della legge tedesca, secondo cui le obbligazioni che il privato può assumere con l'accordo devono essere adeguate ed in connessione logica rispetto alla prestazione dell'autorità amministrativa. Nel nostro ordinamento non esiste una disposizione che limiti in questo senso l'autonomia contrattuale nell'accordo.

Il riequilibrio del rapporto negoziale deve essere conseguito perciò attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità, che si ponga a un tempo come efficacia dell'azione amministrativa e garanzia del privato²⁹³.

Trattandosi del resto di manifestazione alternativa di un potere pubblico, l'accordo resterà poi soggetto al sindacato di eccesso di potere del giudice amministrativo, che consentirà di valutare anche la ragionevolezza della pattuizione.

4. Cenni di comparazione con altri ordinamenti giuridici stranieri. Gli Stati che hanno accolto gli accordi amministrativi tra Pubblica amministrazione e privati (e rinvio alla Parte II e III).

Risulta a questo punto interessante verificare e valutare come l'istituto degli accordi amministrativi, in funzione di conclusione consensuale del procedimento viene, se viene, trattato in altri ordinamenti giuridici.

Limitati gli ambiti della nostra ricerca²⁹⁴ ai confini dell'Unione Europea, occorre preliminarmente chiarire che essi, pur conoscendo ormai una vasta diffusione, non sono unanimemente accolti né nella dottrina, né nella giurisprudenza, né tantomeno nella legislazione di diversi Paesi (tra cui, Francia e Inghilterra). Può però riconoscersi un dato incontrovertibile: anche laddove manifestazioni consensuali pubblico-private aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico non siano riconosciute a livello normativo, nondimeno di esse vi è un sovrabbondante ricorso nella prassi delle amministrazioni pubbliche²⁹⁵.

Il tratto comune a tutti gli Stati presi in analisi è ravvisabile negli stessi fattori che hanno reso determinante la diffusione degli accordi pubblico-privati: prima l'affermarsi dello Stato sociale e poi la sua stessa crisi.

²⁹³ E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 293 e ss.

²⁹⁴ Si ripropongono qui gli esiti di una ricerca compiuta da chi scrive, ed avente ad oggetto la verifica dell'esistenza di forme consensuali pubblico-private, ragguagliabili agli accordi amministrativi italiani, in una pluralità di Stati, tra i quali Germania, Spagna, Francia, Inghilterra, Portogallo, Polonia, Serbia, Croazia, Olanda e Belgio, nonché la stessa Unione Europea. Sia perciò consentito rinviare a M. DE DONNO, *L'accord comme issue de la procédure administrative*, in J.-B. AUBY, T. PERROUD (dir.), *La codification de la procédure administrative en droit comparé*, Bruylant, à paraître.

²⁹⁵ La scelta compiuta in alcuni Stati di disciplinare questo tipo di accordi corrisponderebbe - secondo García de Enterría e T.-R. Fernández - ad un'intuizione valida e ad una volontà di normalizzare una pratica di negoziazioni, esistenti nella realtà e che il legislatore non può più negare. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 16. éd., 2013, p. 726.

Se, infatti, fu per primo l'aumento considerevole delle funzioni amministrative a condurre il soggetto pubblico a ricercare la collaborazione degli amministrati per via di accordo, oggi, sono l'avvento del *minimal State* e la crisi economica ad aver accentuato, nella cornice dei c.d. procedimenti amministrativi di terza generazione²⁹⁶, i tratti di un soggetto privato, chiamato a partecipare direttamente ai processi decisionali e ad assumere responsabilità pubbliche in prima persona.

E' proprio in questo contesto che mentre l'atto amministrativo unilaterale manifesta sempre più i propri limiti, il contratto, in generale, e gli accordi amministrativi, in particolare, sembrano attecchirsi, in un ampio numero di Stati, ormai a soluzione ottimale per l'amministrazione e gli stessi privati. La prima dirige l'azione dei singoli in un senso conforme all'interesse generale, i secondi conseguono, in contropartita degli impegni assunti, vantaggi di differente sorta.

Prima di procedere all'analisi delle diverse esperienze statali, si rende necessario compiere una precisazione terminologica. In effetti, come è stato osservato, la prima difficoltà che si incontra nell'approcciarsi al fenomeno in questione in prospettiva comparata ha natura tecnica e squisitamente linguistica, ed emerge già nel dover identificare ciò che per ogni Stato è contratto²⁹⁷.

In effetti è talvolta proprio al termine contratto che si fa ricorso anche per indicare gli accordi aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico (*contrat de droit public, öffentlich-rechtlichen Verträge, contratto di diritto pubblico o contratto ad oggetto pubblico, beleidsovereenkomst, acuerdo administrativo, acto administrativo consensual, ugoda, contrato sobre o ejercicio de poderes públicos*), sì che risulta in alcuni casi difficile distinguerli da altre figure giuridiche tipicamente e più propriamente contrattuali (*procurement contracts, marchés publics, contrats administratifs, contrato administrativo, contracting out*)²⁹⁸.

Il ricorso all'espressione contratto anche per indicare il diverso istituto oggetto della nostra analisi può dipendere dall'accezione più o meno estesa che di questo è stata accolta in ciascuno Stato²⁹⁹, e quindi, della diffidenza, più o meno forte, che ognuno di essi conserva in relazione ad uno strumento di diritto comune per la cura di un interesse pubblico.

²⁹⁶ J. BARNES, *Toward a third generation of administrative procedure*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDESTH, *Comparative administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, p. 336 e ss.

²⁹⁷ Vd per questi aspetti, J.-B. AUBY, *Comparative Approaches to Rise of Contract in the Public Sphere*, 2 Public Law, 2007, p. 46.

²⁹⁸ Cfr. J.-B. AUBY, *Les problèmes posés par le développement du contrat en droit administratif comparé*, in *Contrats publics, Mélanges Guibal*, op.cit., t. I, p. 414-415; H. CAROLI CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 2012; A. MASSERA, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007, p.175 et ss.; E. FERRARA (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, 2003. Si veda inoltre, la sezione *The Boundary between Public and Private*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDESTH, *Comparative administrative Law*, op. cit., 2010, pp. 493 e ss..

²⁹⁹ S. TORRICELLI, *Les limites à l'utilisation des instruments contractuels dans l'activité administrative*, in R. NOGUELLOU, U. STELKENS (sous la direction de), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2010, p. 127 et ss.

L'esempio principale di accordi sostitutivi di un provvedimento amministrativo resta il contratto di diritto pubblico tedesco (*öffentlich-rechtlichen Vertrages*), previsto ai §§ 9 e 54, *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 26 Maggio 1976.

La stessa disciplina italiana in materia di accordi, come già detto, deve buona parte della sua genesi alla soluzione tedesca, così come, del resto, l'art. 11 rappresentò un punto di riferimento per il legislatore spagnolo, allorché, a distanza di soli due anni, introdusse nell'art. 88 della *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, la disciplina sulla *terminación convencional* e sugli *acuerdos administrativos consensuales*³⁰⁰.

Oltre, quindi, alla Germania, all'Italia e alla Spagna, è possibile registrare la presenza degli accordi anche in altri Paesi. Tuttavia, solo in alcuni di essi, quest'istituto trova la propria disciplina nella legge sul procedimento amministrativo (Portogallo, Polonia, Serbia, Croazia); mentre in altri è rinvenibile solo in alcune discipline di settore (Austria), e in altri ancora conosce una diffusione solo *praeter legem* nella prassi amministrativa (Olanda e Belgio).

Del resto, gli accordi sembrano aver guadagnato terreno, più di recente, anche nello stesso diritto amministrativo europeo, soprattutto nel settore della tutela della concorrenza³⁰¹.

4.1. La Germania.

Il contratto di diritto pubblico tedesco³⁰² rinviene la propria fonte generale nei § 54-62 *VwVfG*³⁰³, che forniscono una puntuale disciplina dell'istituto, soprattutto se comparata con quella italiana.

³⁰⁰ Per la disamina della disciplina degli accordi amministrativi in Spagna si rinvia al Cap. I, Parte II del presente lavoro.

³⁰¹ Cfr. P. DURET, *Gli accordi «novativi» della procedura: le decisioni con impegni nella disciplina antitrust*, in D. CORLETTI (a cura di), *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisioni*, ESI, 2012, p. 35 et ss.; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 185 e ss.; D. WAELBROECK, *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?*, Collège d'Europe, Global Competition Law Centre Working Paper Series 1/08, disponibile su https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/gclc_wp_01-08.pdf. Nella giurisprudenza, v. CGCE, 19 septembre 2002, M. Huber c. Republik Österreich, C-336/00; CGCE, 8 avril 1992, Commission des Communautés européennes c. Walter Feilhauer, C-209/90; CGCE, 12 juillet 2011, Ordine degli architetti di Milano e Lodi c. Comune di Milano, C-399/98.

³⁰² Cfr. U. STELKENS, H. SCHRÖDER, *Allemagne/Germany*, in R. NOGUELLOU, U. STELKENS (sous la direction de), *Droit comparé des Contrats Publics*, op. cit., p. 309 et ss.; M. SCHRÖDER, *Administrative law in Germany*, in R. SEERDEN, F. STROINK, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative analysis*, Intersentia, 2002, p. 114 et ss.; M. FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2006, p. 313 e ss.; H. MAURER, *Droit Administratif Allemande*, trad. par. M. Fromont, LGDJ, 1995, p. 359 e ss.; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 115 e ss.

³⁰³ Il §54 dispone: «Un rapporto giuridico nell'ambito del diritto pubblico può essere costituito, modificato o estinto mediante contratto (contratto di diritto pubblico), a meno che non esistano prescrizioni giuridiche contrarie. 2. In particolare, in luogo dell'emanazione dell'atto amministrativo, l'autorità può concludere un contratto di diritto pubblico con il soggetto al quale essa potrebbe rivolgersi

I §§ 55 e 56 prevedono due distinte tipologie di contratto: il contratto di transazione (*Vergleichsvertrag*) e il contratto di scambio (*Austauschvertrag*).

Il primo è il contratto mediante il quale l'amministrazione e il privato, per via di concessioni reciproche, transigono su una situazione di fatto o di diritto incerta.

Il secondo, più frequente e diffuso soprattutto nel campo del diritto urbanistico, ha per oggetto uno scambio di prestazioni tra il soggetto pubblico e quello privato.

Il §56 precisa che quest'ultimo tipo di contratto è possibile solo quando il contraente privato si obbliga a fornire una prestazione per un fine determinato, che risulti funzionale al perseguimento delle finalità pubbliche facenti capo all'amministrazione.

La norma tutela in particolar modo anche il privato, specificando che le obbligazioni che questi può assumere devono essere adeguate ed in connessione logica rispetto alla prestazione dell'autorità amministrativa.

La disciplina applicabile ad entrambe le fattispecie contrattuali è rinvenibile nei successivi §§ da 57 a 61, in altre disposizioni della VwVfG, in quanto applicabili e salva ogni disposizione contraria³⁰⁴, nonché, a titolo sussidiario, nelle disposizioni del Codice civile (BGB) (§ 62).

Il contratto deve essere stipulato per iscritto, salvo che non sia richiesta espressamente una forma diversa (§57).

Il § 58 prevede una particolare tutela per il terzo. Quando il contratto incide anche sulla sua sfera giuridica, esso non produce effetti nei suoi confronti, a meno che questi non lo approvi per iscritto. Quando terzo è un soggetto pubblico, come nel caso in cui l'atto amministrativo, sostituito dal contratto, necessiti di un suo qualsiasi atto di assenso per l'emanazione, l'accordo sarà privo di effetti fintantoché quello non intervenga nei modi e nelle forme richieste.

In virtù del successivo § 59, qualsiasi vizio del contratto comporta la sua nullità.

Sono richiamate, anzitutto, le disposizioni sulla nullità del contratto contenute nel BGB. Al contratto di scambio vengono estese anche quelle dettate per i provvedimenti amministrativi.

Inoltre, il contratto di scambio è nullo se un provvedimento dal medesimo contenuto fosse affetto da un vizio di legittimità, diverso dal vizio di forma o del procedimento di cui al § 46, e questo sia conosciuto dalle altre parti; e, ulteriormente, se l'amministrazione ha accettato una prestazione del privato non ammissibile, in quanto assunta in difformità rispetto alle prescrizioni del § 56.

Le parti possono modificare o recedere dal contratto quando le circostanze, che erano state determinanti per la definizione del contenuto del contratto, si sono

con un atto amministrativo». Accanto alla disciplina generale nella Legge sul procedimento amministrativo, sono rinvenibili nell'ordinamento tedesco distinte previsioni a carattere speciale, nel settore dell'urbanistica, dell'ambiente, dell'espropriazione forzata e in quello fiscale. Cfr. E. BUOSO, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici*, in RGU 3, 2008, p. 357 e ss.

³⁰⁴ Si tratta delle disposizioni in materia di competenza territoriale (§ 3) e di quelle sullo svolgimento del procedimento amministrativo (§ 9 et ss.). Vd. H. MAURER, *Droit Administratif Allemande, op. cit.*, p. 360.

modificate dopo la sua conclusione in maniera così essenziale, che il mantenimento delle stipulazioni contrattuali originali non è più tollerabile anche per una sola di esse. Come si nota, a differenza del nostro art. 11, che riconosce la facoltà di recesso solo all'amministrazione, qui è concessa ad entrambi i contraenti.

Più simile a quanto previsto dalla disciplina italiana è l'ulteriore ipotesi di recesso, riconosciuta, questa volta, soltanto all'amministrazione, per prevenire o rimuovere gravi pregiudizi per l'interesse pubblico.

Il recesso inoltre deve essere motivato e reso per atto scritto (§ 60).

Sono applicabili, infine, le norme sull'esecuzione forzata in materia amministrativa, se le parti hanno accettato la garanzia di immediata esecuzione del contratto.

La giurisdizione sulle controversie concernenti i contratti di diritto pubblico appartiene alla giudice amministrativo.

4.2. *Gli altri Paesi.*

Tra gli Stati che sotto l'influenza spagnola hanno conosciuto forme di alternanza tra l'atto amministrativo unilaterale ed il contratto, nell'esercizio del potere pubblico, si può anzitutto menzionare il Portogallo.

Già il *Código do procedimento administrativo*, D.L. 15 novembre 1991, n. 442, conteneva una disposizione a questo riguardo (art. 179)³⁰⁵. La norma, abrogata dal successivo *Código do Contratos Públicos*, D.L. 29 gennaio 2008, n. 18, è stata trasferita negli artt. 278 et 279. Benché queste norme utilizzino l'espressione generica di *contrato administrativo*, è stato riconosciuto che con essa si faccia altresì riferimento agli accordi amministrativi. Ciò che, del resto, risulta essere confermato dal tenore del successivo art. 285.1, che estende il regime dell'invalidità degli atti amministrativi ai «*contratos sobre o exercício de poderes públicos*», mentre il successivo comma 2 conferma il regime di diritto civile per gli altri contratti amministrativi.

Anche il Codice polacco sul procedimento amministrativo del 1960, prevede nei suoi artt. 114 e ss. l'accordo tra l'amministrazione ed il privato (*ugoda*). Esso è ammesso nei limiti del rispetto della legge e dei diritti dei terzi e resta soggetto alla disciplina degli atti amministrativi³⁰⁶.

L'Olanda dispone di un modello assai prossimo a quello tedesco.

In particolare, il regime giuridico previsto per il contratto avente ad oggetto l'esercizio dell'azione amministrativa, *Bevoegdhedenovereenkomst*, deroga alla regola

³⁰⁵ Artigo 179°. *Utilização do contrato administrativo: «Os órgãos administrativos, na prossecução das atribuições da pessoa colectiva em que se integram, podem celebrar contratos administrativos, salvo se outra coisa resultar da lei ou da natureza das relações a estabelecer».*

³⁰⁶ T. I., KHABRIEVA, G. MARCOU (sous la direction de), *Les procédures administratives et les contrôles à la lumière de l'expérience européenne en France et en Russie*, Société de législation comparée, 2012, p. 96.

generale propria dell'ordinamento olandese di soggezione di tutti i contratti dell'amministrazione al dritto privato³⁰⁷.

Infine, possono registrarsi delle aperture all'accordo amministrativo anche nella dottrina e nella giurisprudenza belga, ove tende a riconoscersi la libertà dell'amministrazione di scegliere tra la via unilaterale di azione o il contratto, salva ogni disposizione contraria e, in ogni caso, fermo il principio dell'indisponibilità delle competenze amministrative, che vieta all'amministrazione di rinunciare, per contratto, all'esercizio delle proprie funzioni³⁰⁸.

Infine, più reticente ad accettare forme consensuali è l'Austria, ove esse trovano comunque una disciplina in materia fiscale³⁰⁹.

³⁰⁷ R. SEERDEN, F. STROINK, *Administrative Law in the Netherlands*, in R. SEERDEN, F. STROINK, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative analysis*, op. cit., p. 163-164; M. FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, op.cit., p. 318-319.

³⁰⁸ P. FLAMME, *Belgique*, in R. NOUGUELLOU, U. STELKENS (sous la direction de), *Droit comparé des contrats publics*, op. cit., p. 401 e ss.

³⁰⁹ M. FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, op.cit., p. 319.

CAPITOLO III

LE CONVENZIONI URBANISTICHE

SOMMARIO: 1. Conflittualità e consenso nel governo del territorio. - 1.1. Ricollocazione del tema d'indagine nella materia del governo del territorio: le convenzioni urbanistiche. Concetto e natura giuridica. 2. Gli accordi "a valle" delle prescrizioni urbanistiche. - 2.1. Le convenzioni di lottizzazione. - 2.2. L'edilizia convenzionata di cui alla L. n. 10 del 1977. - 2.3. Le convenzioni nell'edilizia residenziale pubblica. - 2.4. Le convenzioni per gli insediamenti produttivi. - 2.5. Le convenzioni di recupero e i Piani di recupero ad iniziativa privata. - 2.6. I Programmi di riqualificazione urbana, i Programmi integrati di intervento, i Programmi di recupero urbano e i Contratti di quartiere. - 2.7. Gli accordi perequativi e compensativi. - 3. Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche: fattispecie nuova e problematica. - 3.1. Gli accordi "a monte" nella legislazione regionale. L'art. 18 della L.r. 20 del 2000 dell'Emilia Romagna. - 3.2. Le altre esperienze regionali: l'art. 6 della L.r. 11 del 2004 del Veneto e l'art. 11 della L.r. 11 del 2005 dell'Umbria. - 3.3. Possibilità giuridica degli accordi "a monte" nella legislazione regionale di dettaglio (*e rinvio alla Parte IV*).

1. Conflittualità e consenso nel governo del territorio.

L'urbanistica è il settore del diritto amministrativo dove maggiormente l'azione pubblica entra in contatto con le posizioni soggettive dei privati, spesso sacrificandole al superiore interesse pubblico³¹⁰. Essa è perciò caratterizzata da un tanto fisiologico quanto costante conflitto tra una pluralità di interessi³¹¹, avendo come suo terminale

³¹⁰ E. FOLLIERI, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in G. CAIA (a cura di), *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e le pianificazioni di settore* in Quaderni della Spisa, Maggioli, Rimini, 2001, p. 55 e ss. I poteri di pianificazione incidono – secondo l'autore – su una pluralità di posizioni giuridiche soggettive dei privati: sui diritti soggettivi, di cui essi sono titolari, per esempio, nei piani di lottizzazione convenzionata; sugli interessi legittimi, di natura prevalentemente oppositiva, come accade quando una destinazione di zona escluda il carattere edificabile della sua proprietà o quando un vincolo urbanistico è preordinato all'esproprio di un suo fabbricato; e infine sui c.d. interessi meramente procedurali, connessi strumentalmente al bene della vita sotteso sia a posizioni di interesse legittimo che di diritto soggettivo.

³¹¹ Sulla dinamica degli interessi coinvolti nel governo del territorio, i riferimenti bibliografici sono numerosi. Tra di essi possono essere menzionati, oltre a quelli che più oltre si citeranno, E. FOLLIERI, *Contributo allo studio della dinamica della pianificazione urbanistica Chieti*, 1986; E. CARDI, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Foro amm.*, 1989, p. 864 e ss.; G. CORSO, *Procedimenti di programmazione e comparazione di interessi*, in *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli*, Atti del XXXIV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 22-24 settembre 1988), Milano, 1991, p. 207 e ss.; N. ASSINI, *La gerarchia degli interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Atti del XXXVII Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione (Varenna, 19-21 settembre 1991), Milano, 1994, p. 93 e ss.; B. MERCURIO, *Interesse pubblico nella funzione di pianificazione*, p. 609 e ss. in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, ESI, 2010; L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Giuffrè Editore, Milano, 2005; F. PARENTE,

necessario il territorio, sul quale convergono normalmente la gran parte delle attività umane³¹².

Alla pianificazione urbanistica spetta allora non solo il compito di garantire l'interesse pubblico ad un ordinato uso dei suoli, ma anche quello di tutelare altri interessi pubblici settoriali (la tutela dell'ambiente e del paesaggio, la valorizzazione dei beni culturali), e di provvedere al soddisfacimento delle differenti istanze della comunità insediata sul territorio, molte delle quali godono del resto di una solida copertura costituzionale³¹³.

E la discrezionalità amministrativa raggiunge così il punto di più alta complessità³¹⁴. Non è un caso del resto che è proprio in questo settore che è stato messo in discussione il suo stesso schema di «ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario»³¹⁵.

Non convincerebbe infatti una costruzione secondo cui a fronte dell'«interesse primario...tutti gli altri verrebbero ad assumere un ruolo e una rilevanza secondaria».

La norma attributiva del potere di piano non indicherebbe né identificherebbe, come accade per i procedimenti più semplici, alcun interesse pubblico particolare, che funga da punto di riferimento per guidare il meccanismo ponderativo tra tutti gli interessi coinvolti nella valutazione discrezionale. «Tutti si pongono rispetto alla norma in una

I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati, E.S.I., Napoli, 2006; PELIZZER, F. *Le opere di urbanizzazione tra concorrenza e organizzazione del territorio*, Atti del XIII Convegno annuale AIDU- Trento, 8-9 ottobre 2010, *Giust. amm.*

³¹² F. SALVIA, F. TERESI, *Diritto urbanistico*, VII ed., Padova, 2002, p. 46.

³¹³ P.URBANI, S. CIVITARESE, *Diritto Urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Giappichelli, Torino 2013, p. 41, i quali ricavano dalla lettura del principio di uguaglianza, formale e sostanziale, e dal principio personalista ex artt. 2 e 3, la base costituzionale della stessa pianificazione urbanistica, in quanto tali norme impegnano lo Stato a promuovere anche una tutela degli «spazi» nei quali si svolge e si sviluppa la personalità umana. Cfr. altresì F. SALVIA, *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2012, p. 426 e ss., il quale riconosce che tutti i soggetti sono portatori di un «interesse accessorio all'utilizzazione del territorio», alla stregua di una «pretesa all'insediamento» sul medesimo, che si risolve in ultimo anche nella realizzazione di «interessi fondamentali per la vita stessa della collettività» (p. 427-428). In giurisprudenza, si veda la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 2710 del 2012, a proposito del PRG di Cortina d'Ampezzo, ove il giudice amministrativo ha affermato che «il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contemporanea di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti». La pronuncia ha inaugurato un vero e proprio filone giurisprudenziale, al quale possono essere ascritte anche le successive sentenze Cons. St., Sez. IV, 28 novembre 2012 n. 6040; Cons. St., Sez. IV, 6 maggio 2013 n. 2427; Cons. St., Sez. IV, 13 giugno 2013 n. 3262. Su questi aspetti, anche F. GUALANDI, *Dallo "jus aedificandi" allo "jus restituendi" (inteso come diritto di recuperare, rigenerare e sostituire l'esistente). Riflessioni sulla rigenerazione urbana*, in *Lexitalia.it*.

³¹⁴ L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, op. cit., p. XII.

³¹⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, III ed., Giuffrè, Milano, 1993, p. 49 e in precedenza *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939, ora in *Scritti I*, Milano, 2000, p. 387 e ss. Sul punto si veda anche F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, in *Vita ed opere di Massimo Severo Giannini*, in *Riv.trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 e ss..

condizione di parità di partenza poiché di tutto – o in ogni caso della maggior parte di essi – l'amministrazione è affidataria»³¹⁶.

Il proprio dell'urbanistica sta, quindi, nel suo essere la sede di realizzazione non di questo o di quell'interesse pubblico, ma di tutti i possibili interessi, non solo pubblici, comunque interferenti con l'assetto del territorio.

Tutto ciò rende l'urbanistica un *unicum* irripetibile, «molto più che un semplice settore del diritto amministrativo»³¹⁷.

Essa allora deve essere colta nella sua dimensione teleologica, e in una prospettiva non relativistica ma generalizzata e generalizzante³¹⁸, poiché la sua finalità è quella di «armonizzare... e creare sinergie tra le molteplici attività che si svolgono nel territorio, in vista del migliore soddisfacimento dei diversi interessi in campo»³¹⁹.

Questa sovrabbondante confluenza di interessi pubblici e privati, ma anche diffusi e collettivi comporta anche un sovraccarico sull'unico centro decisore.

Di qui l'esigenza di incanalare i diversi interessi nel processo decisionale urbanistico con gli strumenti più opportuni ed appropriati, il rischio essendo altrimenti quello di una disciplina di piano inevitabilmente schiacciata sotto il peso della conflittualità.

La legislazione italiana ha approntato una pluralità di soluzioni per far fronte a queste esigenze. Tra di queste possono contarsi, dal lato della prospettiva privata, gli istituti classici della partecipazione dei cittadini tramite la presentazione di osservazioni ed opposizioni³²⁰ e gli accordi urbanistici, mentre, dal lato pubblico, le tecniche della pianificazione differenziata³²¹ e il coordinamento orizzontale tra più amministrazioni, mediante concerti, intese, accordi e conferenze di servizi³²².

³¹⁶ S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia in Germania*, Perugia, 1987, p. 64 e ss.

³¹⁷ P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, p.43 e ss.

³¹⁸ F. SALVIA, *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, op. cit., p. 426.

³¹⁹ *Ivi*, p. 247. Da ciò discende – osserva sempre Salvia - che nel governo del territorio la tutela di interessi pubblici *altri* non implica eccesso di potere per sviamento, in quanto l'interesse pubblico primario nell'urbanistica, che è l'ordinato assetto del territorio, è suscettibile di comprendere una pluralità di interessi, eventualmente anche curati da altre amministrazioni.

³²⁰ Sulla partecipazione nei procedimenti di pianificazione urbanistica, il rinvio obbligatorio è a C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 1,2008, p. 263 e ss.; V. MAZZARELLI, *Passato e presente delle pianificazioni*, in *Dir. amm.*, 3,2007, p. 665 e ss.; P. PORTALURI, *La partecipazione dei privati al procedimento di formazione del piano*, www.giustizia-amministrativa.it; A. CALEGARI, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p.r.g.*, in *Riv. Giur. Urb.*, 4, 2005, p. 157 e ss.; S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 2001, p. 601 e ss.; A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati alla pianificazione urbanistica: il modello dell'inchiesta e le suggestioni provenienti dai sistemi europei*, in *RGU*, 1-2,2012, p. 321 e ss.; L. CASINI, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1,2007, p. 43 e ss.

³²¹ Sulla pianificazione differenziata, V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, p. 386 e ss.; P. URBANI, *Urbanistica, tutela del paesaggio e interessi differenziati*, in *Regioni*, 1986, p. 386 e ss.; P. STELLA RICHTER, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, II, p. 461 e ss.; S.CIVITARESE MATTEUCCI, *Sulla dinamica degli interessi pubblici nella pianificazione urbanistica*, in *Riv. Giur. Edil.*, II, 1992, p. 155 e ss. E. STICCHI DAMIANI, *Disciplina del territorio e tutele differenziate: verso un'urbanistica "integrale"*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*,

1.1. Ricollocazione del tema d'indagine nella materia del governo del territorio: le convenzioni urbanistiche. Concetto e natura giuridica.

Mantenendo anche in questo capitolo al centro della nostra analisi il rapporto tra pubblico e privato, oggetto della trattazione saranno perciò quelle forme di partecipazione *uti singuli*, che si svolgono anche nel governo del territorio sulla base di negoziati e di accordi tra pubblica amministrazione e privati.

Del resto, proprio questo settore dell'ordinamento costituisce da lungo tempo il terreno privilegiato per la sperimentazione ed il ricorso ad atti di natura consensuale tra amministrazioni, privati proprietari ed imprese.

Si tratta di una pluralità di figure, a contenuto variabile, diffuse già dai primi anni del Novecento³²³ e previste oggi in svariate norme di legge.

Tradizionalmente ricondotte nella categoria generale delle convenzioni urbanistiche, il cui prototipo è rappresentato dalle convenzioni di lottizzazione, *ex art. 28, L. n. 1150 del 1942*, esse trovano il loro tratto comune nella stretta finalizzazione all'esercizio della funzione pubblica di governo del territorio e di disciplina dell'attività edilizia³²⁴, ma la cui consistenza effettiva sta nell'esecuzione da parte del privato delle opere di urbanizzazione, con possibilità di scomputare i costi degli oneri dovuti al Comune³²⁵.

E' stato osservato, infatti, come le convenzioni urbanistiche si atteggiino, sotto il profilo causale, in una sorta di scambio tra beni immateriali, sotto forma di diritti

Milano, 2000, p. 145 e ss.; P. URBANI, *Tutele differenziate e interessi antagonisti tra pubblici poteri*, in *Riv. giur. amb.*, 1, 2011, p. 138 e ss.; P. LOMBARDI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati: la difesa del suolo quale archetipo di virtuose forme di cooperazione tra distinti ambiti di amministrazione*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1, 2010, p. 93 e ss..

³²² In tema di concertazione, accordi di programma e accordi di pianificazione tra pubbliche amministrazioni, si veda A. CROSETTI, *La semplificazione procedimentale nel governo del territorio: conferenze e accordi di copianificazione*, in *RGU*, 1-2, 2012, p. 343e ss.; S. BELLOMIA, *Gli accordi di copianificazione urbanistica nella legislazione regionale*, in *RGE*, 4-5, 2008, p. 105 e ss.; P. URBANI, *Composizione di interessi plurimi e differenziati e pianificazione di bacino*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 331 e ss.; ID., *Tutela del paesaggio: verso una disciplina negoziata tra Stato, Regioni (e autonomie locali)?* in *Le Regioni*, 6, 1999 fasc. p. 1123 e ss.; F. GUALANDI, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, in *RGE*, 2002, p. 27e ss.; P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Verso l'urbanistica consensuale*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 5 e ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit.; R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, CEDAM, Padova, 1993.

³²³ Sull'evoluzione storica delle convenzioni urbanistiche, V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Il Mulino, Bologna, 1979; A. CANDIAN, A. GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, Giuffrè, Milano, 1992.

³²⁴ S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, *op. cit.*, p. 43.

³²⁵ T. GALLETTO, *Convenzioni urbanistiche*, in *Dig. Disc. Priv., sezione civile (ad vocem)*, Torino, 1989, vol. IV, p. 359 e ss.; V. MAZZARELLI, *Convenzioni e accordi amministrativi: convenzioni urbanistiche*, in *Enc. Giur.*, 1988, vol. V, p. 9.

edificatori, di cui l'amministrazione dispone in base ad un potere attribuitole dall'ordinamento, e prestazioni d'opera da parte del privato³²⁶.

Sinteticamente, perciò, le convenzioni urbanistiche possono anche essere definite come «accordi per la realizzazione di beni giuridici caratterizzabili come beni urbanistici»³²⁷.

La natura giuridica delle convenzioni in parola è un tema che coinvolge da sempre la dottrina, attratta irresistibilmente dalla possibilità di potersi misurare con un istituto dai caratteri ibridi e polimorfi³²⁸.

Del resto, anche le stesse tesi che si sono succedute nel secolo scorso sulla presenza di un contratto *nel* o *di* diritto pubblico, e passate in rassegna nel primo capitolo, guardavano, per giustificare le proprie argomentazioni anche, se non soprattutto, alle convenzioni urbanistiche.

Storicamente quindi, dapprima intese in termini schiettamente contrattuali, furono poi qualificate come concessioni-contratto, e successivamente come contratti di diritto pubblico ovvero contratti ad oggetto pubblico³²⁹.

La natura giuridica delle convenzioni urbanistiche fu studiata del resto anche dai civilisti, secondo i quali esse sarebbero veri e propri contratti di diritto comune, «accessivi» ad un atto amministrativo generale³³⁰.

Tale «accessione» veniva poi spiegata diversamente dai singoli autori.

Per alcuni essa avveniva per incorporazione della promessa unilaterale d'obbligo del privato nell'atto dell'amministrazione, al momento della realizzazione della condizione sospensiva, cui era sottoposta la promessa unilaterale medesima.

³²⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, F. PUGLIESE e E. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, Giuffrè, Milano, 1999, p. 163 e ss. *Contra* G. MENGOLI, *Diritto urbanistico*, *op. cit.*, p. 691, secondo cui «in materia di urbanistica il Comune e la P.A. in genere sono sempre in posizione di supremazia, sicché sarebbe nullo ogni atto di disposizione del loro potere, mentre d'altro canto il Comune non è titolare del diritto di edificare, per cui non può disporre e tanto meno vederlo con atti di carattere privatistico a contenuto sinallagmatico. Sicché le convenzioni urbanistiche hanno in sostanza lo scopo di codificare gli obblighi che il privato si assume unilateralmente in adempimento ad un precetto di legge».

³²⁷ V. MAZZARELLI, *Convenzioni e accordi amministrativi: convenzioni urbanistiche*, *op. cit.*, p. 1. Qui l'a. accede ad una qualificazione delle convenzioni urbanistiche non come *atti giuridici* ma come *fatti giuridici* basati sul consenso, in quanto manifestazioni di volontà inserite in un procedimento amministrativo. Sarebbe perciò l'attività procedurale nel suo complesso a determinare la produzione di effetti giuridici, non la sola manifestazione di volontà. Prendendo quindi ad esempio il piano di lottizzazione, è il procedimento preso nella sua interezza che crea situazioni giuridiche soggettive – le obbligazioni del lottizzante e del comune – idonee a creare il disegno urbanistico prefissato.

³²⁸ Nota è la definizione di «centauresse», che M.S. GIANNINI ebbe a dare delle convenzioni urbanistiche, nella nota prefazione al volume di V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, Il mulino, 1979.

³²⁹ Cfr. V. MAZZARELLI, *Convenzioni e accordi amministrativi: convenzioni urbanistiche*, *op. cit.*, p. 2-3; M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, *op. cit.*, p.1308.

³³⁰ Il concetto di «accessione» del contratto di diritto comune al provvedimento amministrativo ricorre anche in R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubb. (ad vocem)*, Torino, 1993, IV ed., Vol. VIII, p. 550.

Quest'ultima, in particolare, consisteva nel rilascio della concessione edilizia (oggi, permesso di costruire), da parte del Comune, evento, questo, futuro ed obiettivamente incerto, in quanto rimesso alla discrezionalità della p.a.³³¹.

Altri propendevano, invece, per una configurazione propriamente bilaterale della convenzione, frutto di una fusione tra distinte manifestazioni di volontà³³².

In tal caso, si parlava però di contratto sottoposto al verificarsi di una condizione risolutiva (meramente) potestativa, ove, il fatto futuro ed incerto non era un *facere*, il rilascio del necessario titolo abilitativo, ma un *non facere*, consistente nel non esercizio dello *jus variandi* da parte dell'amministrazione, in senso modificativo rispetto a quanto concordato³³³.

Ma fu l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 a determinare una progressiva e risolutiva attrazione di tutte le convenzioni urbanistiche nell'ambito applicativo del nuovo art. 11.

E' oggi ormai pressoché unanimemente condivisa infatti la tesi che le qualifica in termini di accordi amministrativi³³⁴; tesi che, del resto, sembra trovare un forte avallo anche nella stessa giurisprudenza³³⁵.

³³¹ Cfr. A. CANDIAN, G. GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 137 e ss. Gli autori, affidandosi, in particolare, alla fattispecie delle promesse condizionate ad un evento futuro, affermano che «le declamazioni della giurisprudenza circa il carattere bilateralmente vincolante delle convenzioni urbanistiche sono errate e fuorvianti, poiché confondono un evento condizionante la doverosità giuridica della prestazione altrui con una ripromissione vincolante».

³³² Cfr. L. BARBIERI, *Sopravvenuta inefficacia di piani di lottizzazione convenzionati e responsabilità dei comuni*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 395 e ss. Vd. anche Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003 n. 33, che ricostruisce la convenzione di lottizzazione in termini di bilateralità, intesa come «incontro di volontà delle parti contraenti, nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile».

³³³ La tesi del contenuto negativo dell'obbligo dell'amministrazione scaturante dalla convenzione urbanistica, qualificabile alla stregua di un contratto ad oggetto pubblico, sembrerebbe ricorrere anche in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, op. cit., p. 172: «Dire quindi che il comune si obbliga al rilascio delle concessioni edilizie...equivale a dire che il comune si impegna a non mutare le proprie determinazioni sulla scelta urbanistica concordata».

³³⁴ *Ex multis*, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, op. cit.; G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, op. cit.; F.G. COCA, *Autorità e consenso*, op. cit.; TRAVI, A. *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, op. cit.; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi*, op. cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, op. cit.; P. URBANI, *Pianificare per accordi*, in *RGE.*, 4, 2005, p. 177 e ss.; ID. *Dell'urbanistica consensuale*, in *RGU*, 1-2, 2005, p. 223 e ss; e più di recente *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011, p. 202 e ss..

³³⁵ Tra le prime pronunce, si veda Cass., SS. UU., 11 agosto 1997, n. 7452; Cass., SS.UU, 15 dicembre 2000, n. 1262; Cons. St., Sez. IV, 3 novembre 1999, n. 1657; Cons. Stato, Sez. V, 10 maggio 2005 n. 2337, nonché Cons. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2005 n. 222; T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, 16 settembre 2009, n. 1446. Si riportano qui di seguito le considerazioni svolte dal T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 20 novembre 2001, n. 679 : «Va, infatti, considerato che la L. 241/1990 ha introdotto, all'art. 11, nel nostro ordinamento il principio della negoziabilità del potere discrezionale della P.A. e, ove, possibile, quindi, il rifiuto dell'esercizio unilaterale del potere autoritativo, Siffatto principio ha valenza generale e deve ritenersi applicabile anche nella materia dell'urbanistica, in cui deve riconoscersi che anche il potere pianificatorio può essere esercitato mediante l'incontro della volontà pubblica e di quella privata, ove tale incontro risponda a un interesse pubblico generale. D'altro canto...deve ammettersi che tale

Talché ad alcuni è sembrato che «le «vecchie» convenzioni urbanistiche fossero da relegare in soffitta, soppiantate dalla più duttile terminologia dell'accordo»³³⁶.

La peculiarità di una qualificazione prettamente pubblicistica della fattispecie implica perciò che anche il nocciolo duro del potere pubblico, quello di conformazione dei suoli e della proprietà, si possa esercitare ricorrendo a modelli consensuali.

Al tempo stesso, però, il potere pianificatorio dedotto in un accordo non viene svilito, né tantomeno sostituito dall'autonomia privata, ma conosce semplicemente una nuova modalità di esercizio, che si distingue dallo schema autoritativo classico, in virtù di una volontaria contrazione degli spazi di discrezionalità da parte della pubblica amministrazione³³⁷.

Come certa dottrina ha significativamente sottolineato³³⁸, infatti, consensualità dell'azione amministrativa non significa rinuncia *tout court* all'esercizio del potere pubblico tipico. Ciò che è oggetto di negozio, ciò che si può contrattare, non è l'*an*, bensì il *quid*, o il *quomodo* dell'azione amministrativa³³⁹.

L'amministrazione, con la convenzione urbanistica, non si obbliga ad esercitare il potere autorizzatorio connesso con il titolo abilitativo edilizio, ma si vincola, nel caso in cui decida discrezionalmente di rilasciare il titolo, ad attribuirgli il contenuto "programmato", in sede convenzionale con il privato.

Se, dunque, il potere può essere dedotto in obbligazione, divenendo l'oggetto di una prestazione, se ne può definitivamente concepire l'ingresso in una fattispecie negoziale che, secondo taluni, ben può definirsi contratto ad oggetto pubblico o contratto di diritto pubblico mentre, secondo altri, più cauti, è preferibile qualificare come "accordo".

Il risultato finale è il medesimo, ossia la riconduzione di tale negozio alla disciplina dell'art. 11, l. n. 241/1990.

incontro delle due volontà non avviene in termini indiscriminati, a prescindere da qualsiasi parametro urbanistico prefissato». Più di recente, cfr. Cass. civ. SS.UU., 2 dicembre 2010 n. 24419; Cons. St., Sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 616; Cons. St., Sez. IV, 23 agosto 2010 n. 5904 T.A.R. Milano Sez. II, 5 luglio 2011, n. 1760; T.A.R. Veneto Sez. II, 13 luglio 2011, n. 1219; e 4 maggio 2010 n. 2568; Sez. Un., 2 dicembre 2010 n. 24419.

³³⁶ P. URBANI, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, op. cit., p. 204.

³³⁷ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, op. cit., p. 173, secondo cui le convenzioni urbanistiche sono «atti di autolimita del potere discrezionale della P.A., che vincolano la stessa al rispetto di una certa disciplina con rilevanza obiettiva in relazione ai successivi comportamenti». In giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 11 agosto 1997 n. 7452.

³³⁸ F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, op. cit., p. 444, il quale sottolinea che «l'attività amministrativa in forme privatistiche e consensuali rimane funzionalizzata», e che «l'idea della funzionalizzazione può costituire...il presupposto legittimante l'applicazione automatica del regime amministrativo e la qualificazione pubblicistica dei vari profili di specialità della disciplina».

³³⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2636, ove si precisa che l'accordo «può essere concluso al fine di determinare il contenuto del provvedimento finale...non quindi il provvedimento discrezionale finale, ma il suo contenuto ...e può essere stipulato se fornisce ad entrambe le parti una utilità maggiore di quella della mera adozione del provvedimento finale». Sul punto, si veda anche M. MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2004, p. 539 e ss.

2. Gli accordi “a valle” delle prescrizioni urbanistiche.

Acclarata la natura giuridica di accordi amministrativi delle convenzioni urbanistiche, è invalsa, ormai, nella dottrina la tendenza a distinguere tra due categorie, una, ormai, tradizionalmente presente nel nostro ordinamento, e l'altra frutto delle innovazioni dei tempi e delle tendenze avanguardiste del legislatore regionale.

Pur appartenendo entrambe al fenomeno della «pianificazione per accordi»³⁴⁰ e dell'urbanistica consensuale, si tratta di fattispecie tra loro divise da un radicale tratto di specialità, in senso tecnico-giuridico. Non solo esse hanno contenuti ed effetti diversi, ma attengono anche a momenti e livelli differenti della pianificazione urbanistica.

La prima categoria di accordi, infatti, si pone in ordine agli strumenti della pianificazione attuativa, la seconda in relazione agli strumenti di pianificazione generale. La distinzione è stata efficacemente resa con la denominazione rispettivamente di accordi “a valle” e di accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche³⁴¹.

L'ipotesi nuova e più problematica è evidentemente la seconda.

Il motivo principale e decisivo risiede proprio nell'incidenza degli accordi *de quibus* sulla pianificazione generale, luogo di definizione di quelle scelte politiche in ordine all'uso del territorio, che si collocano in una prospettiva generale e di tutela del bene collettivo.

Nulla quaestio, invece, nei casi in cui l'accordo è a valle delle prescrizioni urbanistiche. In questi casi non si mette in discussione la cura dell'interesse pubblico negoziando l'esercizio del potere discrezionale della p.a., poiché le scelte sono state già prese dall'amministrazione comunale unilateralmente ed autoritativamente. Il contenuto dell'eventuale accordo, in tal caso, è già predeterminato dal piano³⁴².

La disciplina statale è costellata da un folto numero di convenzioni nell'ambito della pianificazione urbanistica attuativa. Si tratta di metodi d'agire negoziali che, a causa di una legislazione frammentaria e disorganica, non sono però né di facile focalizzazione né di semplice inquadramento³⁴³. Di essi nondimeno ci proponiamo di trattare, avendo

³⁴⁰ L'espressione è utilizzata da P. Urbani nel suo saggio *Pianificare per accordi*, già citato.

³⁴¹ P. URBANI, *Pianificare per accordi*, op. cit., p. 178.

³⁴² P. URBANI, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2, 2005, p.224.

³⁴³ In questa sede non possono non essere ricordati, ancorché non astrattamente riconducibili al modello delle convenzioni urbanistiche, i diversi strumenti della c.d. «programmazione negoziata» – l'intesa istituzionale di programma, l'accordo di programma quadro, il patto territoriale, il contratto di programma e il contratto d'area – previsti dall'art. 2 comma 203, L. 23 dicembre 1996, n. 662. Si tratta di fattispecie convenzionali, a contenuto programmatico di carattere prettamente economico e con finalità di rilancio dell'occupazione, di riqualificazione e riconversione delle attività produttive in crisi, cui prendono parte anche operatori economici privati. Dal nostro angolo prospettico, tali strumenti risultano comunque interessanti, in quanto il meccanismo consensuale pubblico-privato che ne è alla base è suscettibile di incidere, con valenza derogatoria, anche sui contenuti della pianificazione urbanistica. Attraverso tali strumenti è cioè possibile introdurre varianti alla pianificazione urbanistica attuativa, ammettendosi, così, il privato nella fase di formazione e determinazione di tali scelte. Il territorio, però, appare qui essenzialmente il mero contesto fisico in cui si vanno ad articolare le iniziative di rilancio produttivo. Appare perciò quantomeno rischioso l'uso in funzione di variante urbanistica che di questi

riguardo, in particolare, al profilo della loro astratta riconducibilità agli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990.

2.1. *Le convenzioni di lottizzazione.*

Le convenzioni di lottizzazione, archetipo delle convenzioni urbanistiche³⁴⁴, trovano disciplina nell'art. 28 della L. 17 agosto 1942, n. 1150, come modificato dalla L. 6 agosto 1967, n. 765.

Il procedimento lottizzatorio consta essenzialmente di tre fasi. La presentazione da parte dei proprietari privati di un piano di assetto urbanistico per un determinato perimetro territoriale; la stipula di una convenzione di lottizzazione tra il Comune e i proprietari dei suoli, quindi l'approvazione del piano di lottizzazione³⁴⁵ da parte del consiglio comunale.

Con la convenzione, la cui stipula costituisce *conditio sine qua non* per la successiva approvazione del piano, i privati si obbligano, in particolare, alla cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, nonché alla loro realizzazione insieme a quota parte di quelle secondarie. Il Comune invece si impegna al rilascio dei permessi di costruire a favore dei lottizzanti, in conformità con l'ipotesi di assetto territoriale concordata. Sono quindi fissati i termini di esecuzione delle opere medesime, nonché la prestazione di congrue garanzie per gli obblighi in tal modo assunti.

strumenti viene fatto, troppo pregnanti essendo le logiche di mera opportunità d'impresa. La dottrina che se n'è occupata ha inoltre escluso per questi moduli consensuali la natura di accordi amministrativi. Sulla base del discrimine dato dalla qualificazione dell'istituto ex art. 11 quale «fattispecie a collaborazione non necessaria», ed argomentando sul necessario ruolo che, per converso, negli strumenti in parola svolge il privato, questi ultimi sono stati ricondotti tra gli «atti di natura non autoritativa» di cui all'art. 1 comma 1bis della L. 241/1990. Cfr. per questi aspetti E. STICCHI DAMIANI, in *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, op. cit., p. 106 e ss.; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2000; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 371 e ss. A. FIALE, *Diritto urbanistico*, Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2006, p.68 e ss.; A. POLICE, *I patti territoriali: un nuovo modello convenzionale per le amministrazioni locali*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Tremezzo, 19-21 settembre 1996), Giuffrè, Milano, 1997, p. 429 e ss.

³⁴⁴ Non a caso è stato affermato in giurisprudenza che «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». Così, Cons. St. Sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3016.

³⁴⁵ L'art. 28 parla espressamente di «autorizzazione comunale». L'espressione è tuttavia pacificamente interpretata come un riferimento al piano di lottizzazione. L'impiego del termine sarebbe infatti il frutto di un acritico recepimento del linguaggio giurisprudenziale del periodo in cui la norma venne emanata, quando quello veniva concepito come una forma di *prelicenza edilizia*. Non pare revocabile in dubbio, infatti, che ciò che il consiglio comunale è chiamato ad approvare sia proprio il piano di lottizzazione, come, del resto, confermato anche nella successiva legislazione regionale, Cfr. P.URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto Urbanistico. Organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 194.

Nel procedimento lottizzatorio sono in sostanza da individuare due atti, la convenzione e il piano adottato discrezionalmente dal Comune. Di fatto però il complessivo assetto urbanistico, frutto delle negoziazioni tra Comune e lottizzanti, risulta da una inscindibile connessione tra il provvedimento dell'amministrazione e le clausole della convenzione volte a disciplinarne la concreta attuazione. Sicché i due atti sono letti dalla dottrina come un tutt'uno inestricabile, in una «totale immedesimazione tra il piano e la convenzione»³⁴⁶. La deliberazione del consiglio comunale di approvazione del piano verrebbe perciò a svolgere una funzione di accettazione del contenuto della convenzione e del disegno urbanistico per tale via delineato.

Del resto, anche la stessa giurisprudenza ammette ormai senza alcuna difficoltà la natura di accordi sostitutivi *ex art. 11, l. n. 241/1990* delle convenzioni di lottizzazione. E ciò almeno a partire dalla nota sentenza 15 dicembre 2000, n. 1262, con cui la Corte di Cassazione si espresse a favore del riconoscimento di siffatta natura giuridica³⁴⁷.

Alla pronuncia, perciò, vanno ascritti essenzialmente due meriti.

In primo luogo, essa ha permesso l'inquadramento giuridico definitivo delle convenzioni di lottizzazione, a circa trent'anni di distanza dalla loro introduzione con la c.d. «Legge Ponte». In secondo luogo, essa consentì una rivitalizzazione degli stessi accordi amministrativi, ai quali si inizia a ricondurre, a partire proprio da questo momento, un cospicuo numero di fattispecie convenzionali.

La Suprema Corte osservò infatti 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*

³⁴⁶ P.URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto Urbanistico. Organizzazione e rapporti*, op. cit., p.195; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, op. cit., p. 172. Per una più approfondita analisi della disciplina delle convenzioni di lottizzazione, si veda anche V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, in *Enc. dir. agg. V*, 2001; G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè editore, 2009, p. 320 e ss.; V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 275 e ss.; S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 45 e ss.

³⁴⁷ Per una riconduzione delle convenzioni di lottizzazione nella generale categoria degli accordi amministrativi sostitutivi, si vedano, *ex multis*, Cass. civ. SS.UU., 10 dicembre 2013, n. 27494; 03 ottobre 2011, n. 20143; 3 febbraio 2011, n. 2546; 24 luglio 2009, n.17356; 1 luglio 2009, n. 15388; 17 aprile 2009, n. 9151; 20 novembre 2007, n. 24009; 10 gennaio 2006, n. 140; 17 gennaio 2005, n. 732; 11 agosto 1997 n. 7452; Cons. St., Sez. IV 8 luglio 2013, n. 3597; Cons. St., Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 324; Cons. St., Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 324; T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 24 maggio 2013, n. 388; T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I 16 marzo 2012, n. 192; T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 13 luglio 2011, n. 1219; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 05 luglio 2011, n. 1760 T.A.R. Piemonte Torino, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750; Cons. St. Sez. IV, 27 giugno 2008, n. 3255; Cons. St. Sez. IV, 2 marzo 2004 n. 957; Cons. St. Sez. IV, 15 settembre 2003, n. 5152.

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».

Tra le ulteriori questioni affrontate dalla Corte in questa sede, vi è quella relativa alla disposizione contenuta nell'art. 13 primo comma della LPA, che sancisce l'inapplicabilità delle norme riguardanti la partecipazione al procedimento amministrativo agli «atti amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione». Qui il giudice traccia una importante distinzione tra pianificazione generale e pianificazione attuativa, spiegando che i piani di lottizzazione non sono considerabili «atti di pianificazione e programmazione», dal momento che non costituiscono un «*provvedimento di pianificazione generale programmatica espressione di scelte politiche*», bensì «*strumenti di pianificazione di tipo attuativo e di carattere servente al PRG*» e come tali non implicano scelte di pianificazione.

Pertanto, «*una corretta interpretazione del riferito art. 13, anche sul piano della coerenza sistematica (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*» e, più in generale, quindi, con riguardo a tutti i piani attuativi.

2.2.L'edilizia convenzionata di cui alla L. n. 10 del 1977.

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

Alla base vi è la fondamentale scelta compiuta dal nostro legislatore di rendere oneroso il rilascio della concessione edilizia (oggi, permesso di costruire).

Tale scelta, in particolare, è riconducibile ad un principio d'equità, che impone ai soggetti istanti anche la partecipazione alla costruzione o al mantenimento delle opere di urbanizzazione, partecipazione, che, quindi, si realizza o per il tramite del pagamento del relativo contributo concessorio, ovvero attraverso la diretta realizzazione delle medesime (artt. 3 e 10, l. n. 10/1977, oggi art. 16 D.P.R. n. 380/2001, T.U. per l'edilizia).

La convenzione edilizia si atteggia perciò ad accordo tra privato e comune, con cui il primo si obbliga a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, connesse all'edificazione per la quale si richiede il necessario titolo abilitativo, a scomputo del corrispondente contributo concessorio.

A tale finalità, gli artt. 7 e 8 della l. n. 10/1977(oggi art. 17 del T.U. edilizia) ne aggiungono una ulteriore, volta a calmierare i prezzi del mercato immobiliare.

Essa, in particolare, viene conseguita per il tramite di uno sgravio contributivo sul contributo concessorio, al quale sono ammessi quei soggetti istanti che si obbligano con l'amministrazione, mediante la convenzione, a praticare determinate condizioni di

vendita o determinati canoni di locazione degli immobili, una volta costruiti, e individuati sulla base di apposito atto della Regione³⁴⁸.

La convenzione può, quindi, prevedere anche la possibilità di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione, in luogo del pagamento degli oneri concessori. In tal caso, essa dovrà contenere anche la descrizione delle opere da eseguire, i termini di esecuzione e le relative garanzie finanziarie³⁴⁹.

La riconducibilità delle convenzioni *de quibus* all'art.11 della L. 241/1990, è stata per lungo tempo negata dalla giurisprudenza.

Note sono, infatti, le sentenze della Corte di Cassazione n. 4572 del 15 aprile 1992 e n. 7773 del 24 giugno 1992 che, pronunciandosi proprio su vertenze relative a convenzioni edilizie³⁵⁰, negavano loro la valenza di contratti di diritto pubblico, per qualificarle al più come meri «*moduli convenzionali nell'ambito del procedimento amministrativo finalizzato all'emanazione del provvedimento concessorio, il quale resta l'unico strumento di regolazione del rapporto*», semplice «*tecnica organizzatoria degli interessi in gioco*», costituendo mero «*segmento interno alla procedura*»³⁵¹.

L'inversione di tendenza si compierà di lì a poco³⁵², sicché anche queste fattispecie sono oggi pacificamente intese come accordi integrativi del contenuto del provvedimento³⁵³.

³⁴⁸ Si tratta di uno schema di convenzione-tipo adottato da ogni Regione, con cui vengono fissate, sulla base di meccanismi tabellari stabiliti per classi di comuni, le caratteristiche e le tipologie degli immobili, la determinazione dei relativi prezzi di vendita o locazione, nonché la durata massima delle convenzioni, per un periodo compreso tra venti e trent'anni.

³⁴⁹ P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 218 e ss.; V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 329 e ss.

³⁵⁰ Nella prima controversia, alcune società avevano assunto alcune obbligazioni con atti unilaterali al fine dei ottenere le concessioni edilizie necessarie per la costruzioni di impianti industriali e di abitazioni civili. Nella seconda, invece, il Comune aveva subordinato il rilascio del titolo abilitativo alla stipula di un'apposita convenzione.

³⁵¹ Seguono la medesima linea interpretativa anche Cass., SS.UU., 5 gennaio 1994, n. 59; Cass. SS.UU., 7 dicembre 1999, n. 866; Cass. SS.UU. 12 novembre 2001, n.14031, nella quale ultima ancora si legge: «*le convenzioni o gli atti d'obbligo, eventualmente stipulati fra Comune e aspiranti alla concessione edilizia...non hanno specifica autonomia come fonte negoziale di regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti*».

³⁵² Cfr. 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.

³⁵³ Da ultimo, si veda T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 03 luglio 2013, n. 6577. Merita di essere segnalata, a questo proposito, anche la sentenza della Corte di Giustizia CE, 12 luglio 2001, in causa C-399/98. La pronuncia riguarda proprio 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, e, quindi, come contratti di appalto pubblico di lavori. Ne discendeva la conseguenza, inevitabile, che l'amministrazione comunale ha l'obbligo di rispettare le procedure ad evidenza pubblica previste nella direttiva medesima, ogniqualvolta l'importo stimato dei lavori (*rectius*, delle opere di urbanizzazione) eguagli o superi 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. Da ultimo, si segnala l'intervento effettuato mediante il c.d. terzo decreto correttivo del Codice dei contratti d.lgs. n. 152/2008

2.3. Le convenzioni nell'edilizia residenziale pubblica.

Questo tipo di convenzione si pone come lo strumento con cui l'ordinamento giuridico si assicura di far pervenire il «bene-casa» alle fasce sociali più svantaggiate, a prezzi di vendita o con canoni di locazione inferiori rispetto a quelli di mercato.

La disciplina normativa è contenuta nell'art. 35 della l. n. 865 del 1971.

La convenzione è stipulata in un momento successivo a quello dell'emanazione del c.d. Piano di zona. Essa, infatti, ha proprio la finalità di rendere disponibili, a favore di soggetti, pubblici e privati³⁵⁴, che per il tramite della convenzione si impegnano alla realizzazione degli alloggi, le aree soggette al piano medesimo e preventivamente espropriate.

Con l'accordo, perciò, il privato si obbliga alla realizzazione degli immobili e delle stesse opere di urbanizzazione, entro un termine determinato. Sono, quindi, previsti i criteri per la determinazione del canone di locazione, ovvero la determinazione dei prezzi di cessione degli alloggi, unica fonte di profitto per il costruttore³⁵⁵.

Anche questo gruppo di convenzioni è ormai pacificamente ricondotto agli accordi amministrativi di cui all'art. 11 della L. 241/1990. In particolare esse integrerebbero il contenuto del successivo permesso di costruire rilasciato dall'amministrazione al privato, per l'esecuzione degli interventi edilizi pattuiti.

Della questione si occupò per la prima volta la Cassazione con la sentenza a Sezioni Unite del 29 agosto 1998, n. 8593. Nel caso di specie, l'impresa che si era resa aggiudicataria di una convenzione per la realizzazione di opere di Edilizia residenziale pubblica, lamentava il ritardo, da parte del Comune, nel rilascio della concessione edilizia necessaria per l'esecuzione delle opere oggetto della convenzione. La Suprema Corte ritenne che si fosse in presenza di una controversia in materia di esecuzione di un accordo amministrativo, e come tale soggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo³⁵⁶.

che, modificando l'art. 32, c. 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006, disciplina i «lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'art. 16, c. 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 e dell'art. 28, c. 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150». A proposito della pronuncia, è stato osservato ad ogni modo che essa non implicherebbe «alcun rifiuto pregiudiziale degli accordi, e solo una malintesa logica di assimilazione di questi ultimi alla disciplina degli appalti pubblici può condurre ad escludere dal campo di applicazione dell'art. 11 della legge 241/1990 tutte le fattispecie urbanistiche a rilevanza comunitaria». Cfr. P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, op. cit., p. 23 e ss.

³⁵⁴ Nell'originaria formulazione, 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.

³⁵⁵ Cfr. P. URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 269 e ss.; V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, op. cit., p. 349 e ss.

³⁵⁶ Si riporta qui di seguito la massima: «La domanda con la quale il privato, titolare della concessione per la progettazione e realizzazione di opere di edilizia residenziale pubblica, chiedi la risoluzione della relativa convenzione e il risarcimento dei danni nei confronti del comune a causa del ritardo di

2.4. Le convenzioni per gli insediamenti produttivi.

Nella disciplina di attuazione del Piano per gli Insediamenti Produttivi, si colloca la convenzione stipulata tra il Comune e l'operatore economico privato, prevista dall'ultimo comma dell'art. 27 della l. n. 865 del 1971.

La norma definisce genericamente l'oggetto dell'accordo, facendo esclusivo riferimento alla determinazione degli oneri posti a carico dell'acquirente o concessionario e delle eventuali sanzioni per la loro inosservanza.

Tuttavia, nella prassi, questo tipo di convenzioni si presta ad avere un contenuto molto ampio, non limitato ai soli aspetti urbanistici.

Esso può riguardare: la cessione del diritto di proprietà o del diritto di superficie delle aree, il corrispettivo e le modalità di pagamento, la realizzazione delle opere di urbanizzazione e degli immobili, le modalità di utilizzo dei medesimi, le sanzioni per la mancata realizzazione, imposte e tasse. Specifiche clausole dell'accordo possono, poi, avere ad oggetto aspetti non propriamente urbanistici, come per esempio il tipo di attività produttiva da svolgere o il programma occupazionale, ove in alcuni casi può anche essere indicato il numero di lavoratori, che l'imprenditore si obbliga ad impiegare³⁵⁷.

In quanto pianamente ricondotto nel complesso delle convenzioni urbanistiche, anche questo tipo di accordi viene sussunto dalla giurisprudenza nell'ambito applicativo dell'art. 11 l. n. 241/1990³⁵⁸.

2.5. Le convenzioni di recupero e i Piani di recupero ad iniziativa privata.

Nel settore normativo del recupero del patrimonio edilizio ed urbanistico esistente, si fa ricorso ad una vasta gamma di modelli convenzionali tra amministrazione comunale e proprietari³⁵⁹.

Il panorama legislativo statale e regionale offre ora una ricca disciplina di atti pianificatori finalizzati alla riorganizzazione urbanistica del tessuto urbano esistente e 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». Riconducono le convenzioni in parola all'art. 11, ex multis, anche Cons. St. Sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 616; Cons. St. Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4094; Cons. St. Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4093.

³⁵⁷ Cfr. P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 211 e ss.; G. PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, in *Riv. Giur. Urb.*, 4, 2008, p. 455.

³⁵⁸ Cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 16 febbraio 2011, n. 1014; T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 8 maggio 2013, n. 251; T.A.R. Piemonte, Torino Sez. I, 21 novembre 2012, n. 1225; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 24 ottobre 2012, n. 1933.

³⁵⁹ Cfr. P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, op. cit., p. 208 e ss.

moduli consensuali, qualificabili come accordi ex art. 11 ed intesi quali strumenti normali per la loro attuazione³⁶⁰.

E' stato osservato, non a caso, che proprio in questo campo l'urbanistica consensuale ha originariamente trovato la sua dimensione privilegiata³⁶¹.

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

Più precisamente, la legge disciplina agli artt. 27, 28 e 32 alcune convenzioni finalizzate all'esecuzione ed attuazione dei Piani di recupero per il patrimonio edilizio esistente, accanto alla previsione, nell'art. 30, di Piani di recupero ad iniziativa privata.

La convenzione di cui all'art. 27 è prevista obbligatoriamente qualora si voglia effettuare un intervento di ristrutturazione edilizia su un immobile non compreso, in realtà, nel Piano di recupero, purché esso si collochi in un'area individuata come "zona di recupero" dallo strumento urbanistico generale. La *ratio* di questa prima convenzione è analoga a quella già vista nell'ambito dell'edilizia convenzionata, atteggiandosi anch'essa a strumento di controllo dei prezzi di vendita e dei canoni di locazione degli alloggi, una volta risanati.

Il richiedente una concessione edilizia per avviare un intervento di ristrutturazione può infatti usufruire di una modifica parziale (fino al 25%) della destinazione d'uso del proprio immobile, in senso a lui più vantaggioso, qualora si impegni a praticare prezzi di vendita o di locazione calmierati, nonché a partecipare agli oneri di urbanizzazione.

La c.d. convenzione obbligatoria di cui all'art. 28 è esattamente la forma tipica di attuazione negoziata del Piano di recupero. La norma prevede che essa possa essere stipulata dal comune con una determinate serie di soggetti (i proprietari singoli o riuniti in consorzio, le imprese o cooperative cui i proprietari abbiano conferito mandato all'esecuzione delle opere, i condomini o loro consorzi), quando questi intendano attuare spontaneamente gli interventi per il recupero del patrimonio edilizio esistente; oppure per l'adeguamento delle urbanizzazioni, o, infine, in caso di interventi da attuare mediante cessione volontaria, espropriazione od occupazione temporanea.

L'ulteriore ipotesi è, infine, contemplata dall'art. 32. Questo tipo di convenzione speciale, è previsto esclusivamente per i Comuni con popolazione superiore a cinquantamila abitanti e per interventi di rilevante entità. La convenzione funge da strumento per ottenere dal privato, in cambio del rilascio della concessione edilizia, l'impegno di dare in locazione gli alloggi ristrutturati ad un canone concordato e a determinate categorie di soggetti indicate dal comune stesso.

Quanto, invece, ai Piani di recupero di iniziativa privata, per il loro tramite si realizza una vera e propria codeterminazione pubblico-privata delle stesse prescrizioni urbanistiche. L'*iter* procedimentale inizia con la presentazione di una proposta al

³⁶⁰ Sulla riconduzione anche di queste convenzioni nel paradigma dell'art. 11, cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. III, 17 marzo 2010, n. 849.

³⁶¹ G. PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, op. cit., p. 456.

Comune da parte dei proprietari di immobili e di aree compresi nella zona di recupero, e ricalca per il resto il modello già visto per le lottizzazioni.

2.6. I Programmi di riqualificazione urbana, i Programmi integrati di intervento; i Programmi di recupero urbano e i Contratti di quartiere.

Si tratta dei piani introdotti dalla l. 17 febbraio 1992, n. 179 per consentire la collaborazione pubblico-privato nell'ambito dei processi di riorganizzazione, riconversione e rigenerazione urbana³⁶². Essi assumono, oggi più che mai, una centralità ed un'importanza indiscussa, coerente con le politiche di prevenzione del "consumo di suolo" e di valorizzazione, riqualificazione e riuso del patrimonio edilizio esistente, verso le quali si sta dimostrando sensibile anche il Parlamento³⁶³.

Nelle parole del giudice amministrativo essi «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»³⁶⁴.

Dopo la sentenza 19 ottobre 1992, n. 393 con cui la Corte Costituzionale ebbe a dichiarare l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge, per violazione delle prerogative legislative regionali, la disciplina dei relativi procedimenti è oggi affidata alle Regioni.

Numerose sono state le leggi regionali che hanno colto quest'occasione per introdurre la possibilità dei comuni di stipulare appositi accordi, al fine di acquisire l'impegno dei privati interessati a partecipare all'intervento di riqualificazione³⁶⁵.

³⁶² Cfr. G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 223 e ss.

³⁶³ Si veda il Disegno di legge *Disposizioni sul contenimento del consumo del suolo* C.1873/2013. Posizioni sono state già assunte dal legislatore regionale. Nella recente L.r. Emilia Romagna n. 15/2013 *Semplificazione della Disciplina Edilizia*, l'art. 20, sul c.d. permesso di costruire in deroga, afferma espressamente che «si considerano di interesse pubblico gli interventi di riqualificazione urbana e di qualificazione del patrimonio edilizio esistente». La norma si pone del resto in conformità con quanto già disposto dall'art. 2 della L.r. 20/2000, recante la *Disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio* che ammette «il consumo di nuovo territorio solo quando non sussistano alternative derivanti dalla sostituzione dei tessuti insediativi esistenti ovvero dalla loro riorganizzazione e riqualificazione». Contro il consumo di suolo, si pone anche la recente proposta di legge toscana di riforma della L.r. 1/2005, *Norme per il governo del territorio*, che prevede un divieto assoluto di nuova edificazione (residenziale) fuori dalle aree già urbanizzate. Sul punto si veda F. GUALANDI, *Dallo "jus aedificandi" allo "jus restituendi"*, *op.cit.*, p. 9. Sul permesso in deroga e le nuove disposizioni introdotte dal c.d. "Decreto del Fare" n. 69/2013, conv. in l. n. 98/2013, cfr. P. URBANI, *La ristrutturazione "leggera" nel Decreto del "Fare": evoluzione critica di un istituto controverso*, in www.pausania.it.

³⁶⁴ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 15 ottobre 2002, n. 3943.

³⁶⁵ 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. Cfr. F. PELLIZER,

E' questo il caso della Regione Emilia Romagna, la cui l.r. 3 luglio 1998, n.19, recante *Norme in materia di riqualificazione urbana*, come modificata dalla L.r. 6 luglio 2009, n. 6, *Governo e riqualificazione solidale del territorio*, qualifica espressamente tali convenzioni ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241/1990.

L'iter procedimentale prevede che il Consiglio Comunale, con apposita delibera, su proposta della Giunta, individui gli ambiti del territorio comunale urbanizzato da assoggettare a riqualificazione. L'amministrazione, quindi, promuove il coinvolgimento degli operatori pubblici e privati nella predisposizione e nella attuazione del programma di riqualificazione, attraverso un concorso pubblico, aperto a tutti i soggetti interessati³⁶⁶.

La proposta più rispondente agli obiettivi di riqualificazione predefiniti viene assunta a base del programma di riqualificazione urbana. Prima della sua concreta predisposizione, l'amministrazione acquisisce quindi l'impegno dei soggetti interessati all'intervento attraverso la sottoscrizione di un atto unilaterale d'obbligo ovvero «la stipula di un accordo ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241»³⁶⁷.

2.7. Gli accordi perequativi e compensativi.

Non può concludersi questa rapida rassegna sui c.d. accordi “a valle” delle prescrizioni urbanistiche, senza un riferimento agli istituti della perequazione, della compensazione e al fenomeno della circolazione dei diritti edificatori³⁶⁸.

Accordi tra amministrazioni e tra amministrazioni e privati nel governo del territorio. Report annuale – 2011 – Italia, disponibile su www.ius-publicum.it.

³⁶⁶ Art. 3 comma 1. E' questo il c.d. confronto concorrenziale, che permette all'amministrazione di aprirsi ai privati attraverso un bando pubblico, nel rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento.

³⁶⁷ Art. 3, comma 4.

³⁶⁸ Su questi temi, la bibliografia è vasta, nondimeno possono essere citati alcuni contributi fondamentali, tra cui E. BOSCOLO, *Le perequazioni e le compensazioni*, in *RGU*, 1, 2010, p. 10 e ss.; S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Giuffrè, Milano, 2005; P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Jovene, Napoli, 2003; M. A. QUAGLIA, *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Giappichelli, Torino, 2000; G. SABBATO, *La perequazione urbanistica*, relazione al Convegno di Studi di Salerno, 20 novembre 2009, *Attività edilizia fra governo del territorio e tutela paesaggistica e ambientale*; P. URBANI, *Urbanistica Solidale*, *op. cit.*, in particolare, p. 133 e ss; ID. *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, in *Edilizia e territorio. Commenti e norme*, 30, 2008; ID., voce *Urbanistica*, in *Enciclopedia Treccani*, Aggiornamento XVIII, 2009; ID., *Concertazione e perequazione urbanistica*, in *Atti del Convegno di Lisbona sulla perequazione urbanistica*, 15-18 giugno 2008, disponibile su www.pausania.it; ID., *Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione dei piani urbanistici*, in *RGU*, 2004, p. 509 e ss.; ID., *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *RGU*, 2002, p. 587 e ss.; ID., *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell'azione amministrativa dopo le decisioni del Consiglio di Stato sul PRG di Roma*, in *Giust. amm.*; ID., *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge 106 del 2011 di conversione del D.L. 70 13 maggio 2011. Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, su www.pausania.it; B. GRAZIOSI, *Figure polimorfe di perequazione urbanistica e principio di legalità*, in *RGE*, 4-5, 2007, p. 147 e ss.; S. VASTA, *Perequazione urbanistica giustizia distributiva*, in *RGU*, 2009, p. 356 e ss.; A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *RGE*, 1, 2010, p. 3 e ss; A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica. Magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *RGE*, 1, 2004, p. 3 e ss.; P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, in *RGE*, 2, 2005, p. 169 e ss.; I. CACCIAVILLANI, *L'ultimo tabù dell'urbanistica: la perequazione*, in *RGE*, 1, 2010. p. 867 e

Si tratta, a ben vedere, di fattispecie che trovano disciplina quasi esclusivamente nella legislazione regionale, mentre la legge statale se n'è occupata più di recente solo per regolare alcuni aspetti di massima. Inoltre, tali strumenti si pongono generalmente in funzione attuativa dei piani urbanistici³⁶⁹, ma non mancano ipotesi in cui, soprattutto nell'ambito della perequazione, gli stessi si atteggiavano a modalità di definizione delle scelte urbanistiche in sede di predisposizione del piano urbanistico generale³⁷⁰. Di qui la scelta di collocarne la descrizione al termine di questo paragrafo, e prima della trattazione degli accordi "a monte".

L'istituto della perequazione urbanistica rinviene la propria *ratio* nella volontà di azzerare gli effetti discriminatori discendenti dalle tecniche di zonizzazione su cui si regge il disegno urbanistico delineato dal piano regolatore generale, rendendo indifferenti i proprietari rispetto alle scelte di pianificazione.

Non più una distinzione tra «proprietari premiati e sconfitti dal piano»³⁷¹, tra, cioè, proprietari di terreni edificabili e proprietari di terreni soggetti a vincoli di inedificabilità in quanto destinati a finalità pubbliche; ma ritrovata uguaglianza tra gli stessi, in quanto tutti titolari di un eguale 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 di interesse pubblico³⁷².

Ne consegue la creazione di un sistema di zone di decollo dei diritti edificatori (*sending areas*) e di zone di atterraggio (*receiving areas*) degli stessi, residuando all'amministrazione una quota di territorio comunale da destinare alla realizzazione della c.d. Città pubblica, ed acquisibile all'atto del rilascio dei connessi permessi di costruire.

ss.; S. AMOROSINO, *Il T.a.r. Lazio legittima il maxi vincolo paesaggistico sull'Agro Romano (Nota alle sentenze n. 33362, 33363, 33364, 33365 del 2010)*, in *RGE*, 5, 2011, p. 187 e ss.; S. DE PAOLIS, *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *RGE*, 5, 2011, p. 119 e ss.; A. E. MADERA, *Il regime della circolazione dei titoli volumetrici derivanti da modelli perequativi*, in *RGU*, 3, 2012; A. MALTONI, *Il trasferimento dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, in *RGU* 3, 2012, p. 532 e ss.; F. MUREDDU, *Spunti comparatistici in tema di perequazione urbanistica: note da un recente convegno*, in *Giust. amm.*; S. PIERONI, *La c.d. urbanistica perequativa al vaglio del giudice penale. Nota a Corte d'Appello di Perugia, 8 settembre 2011*, in *RGU* 3, 2012; A. SAVATTERI, *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, in *Urb. App.*, 4, 2013, p. 377 e ss..

³⁶⁹ Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 15 gennaio 2002, n. 670; T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22.

³⁷⁰ Cfr. A. MALTONI, *Il trasferimento dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, *op. cit.*, a proposito del modello emiliano-romagnolo e, in generale, M. D'ANGELOSANTE, *Strumenti perequativi e compensativi. Commento all'art. 1, 258° e 259°co. L. 24.12.2007, n. 244*, in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, UTET Giuridica, 2013, p. 809.

³⁷¹ P. Urbani, *Urbanistica solidale*, *op. cit.*, p. 141.

³⁷² Il meccanismo perequativo è, oggi, previsto in numerose legge regionali: 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.

La perequazione si pone, dunque, anche in alternativa a vincoli preordinati all'esproprio e si fonda su un meccanismo consensuale, con il quale i singoli proprietari aderiscono alle scelte urbanistiche operate dal Comune.

Generalmente si distingue tra due tipologie di perequazione: a posteriori (di comparto o parziale) e a priori o generalizzata, la quale ultima si basa sulla previsione di un indice di edificabilità uguale per tutto il territorio comunale. A queste due ipotesi si affianca in talune esperienze regionali anche la perequazione c.d. atipica, che combina la perequazione generalizzata e quella di comparto.

Una parte della dottrina ha eccepito l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali che disciplinano queste tecniche, che, per il presupporre una separazione dello *ius aedificandi* dalla proprietà del suolo, involgono anche la materia dell'ordinamento civile.

E' noto come il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4545 del 2010, a proposito del PRG di Roma, ne ha invece riconosciuto la legittimità, ravvisando il fondamento delle fattispecie «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 agosto 1942, nr. 1150) e dall'altro alla facoltà di stipulare accordi sostitutivi di provvedimenti»³⁷³.

In successiva progressione temporale è quindi intervenuto il legislatore statale, che con la l. n. 106/2011 ha introdotto un obbligo di trascrizione dei contratti, intercorrenti tra i proprietari dei fondi, ed aventi ad oggetto il trasferimento del diritto edificatori.

Anche l'istituto della compensazione si spiega, infine, sulla base del meccanismo dello scorporo dell'indice edificatorio rispetto al terreno da cui origina e sul quale insiste il diritto di proprietà.

Si distingue solitamente³⁷⁴ tra due tipi di compensazione: la compensazione espropriativa e la compensazione urbanistica.

La prima consiste nell'attribuzione al proprietario espropriato di un indice edificatorio da utilizzare altrove, in luogo dell'indennizzo. La seconda trova applicazione in costanza di vincoli non espropriativi, non soggetti a decadenza quinquennale, ma fortemente limitativi delle capacità edificatorie e del valore immobiliare dell'area. A ristoro della compressione dello *ius aedificandi*, vengono quindi riconosciuti ai proprietari, anche in questo caso, indici edificatori spendibili altrove.

La Corte Costituzionale ne ha riconosciuto la legittimità costituzionale con la sent. 179/1999, mentre manca anche qui una precisa previsione legislativa. L'ampia diffusione che di tali accordi si riscontra nella prassi delle amministrazioni comunali ha indotto la dottrina a ravvisare la base legale nell'art. 11 della l. 241/1990, identificandoli

³⁷³ Cons. St., Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545.

³⁷⁴ G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, op. cit., p. 144.

negli accordi sostitutivi del provvedimento, non più retti, a partire dal 2005, dal principio di tipicità³⁷⁵.

3. Gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche. Fattispecie nuova e problematica.

Le uniche convenzioni urbanistiche previste nella legislazione statale – e passate in rassegna nei precedenti paragrafi – sono, dunque, quelle che è invalso individuare col termine di accordi “a valle”.

Esse trovano la loro *ratio* e funzione nella formalizzazione degli obblighi del soggetto attuatore nei confronti del comune, per quanto concerne le opere di urbanizzazione, le cessioni gratuite dei terreni, le tipologie costruttive e le sanzioni.

Il legislatore ha accentuato nel corso degli anni significativamente il *favor* per la collaborazione pubblico-privato nella materia urbanistica, ma riserva alla consensualità sempre il livello attuativo delle scelte di piano, non discostandosi dalla concezione tradizionale delle potestà pianificatorie, e, per un certo verso, anche dalla preservazione delle medesime³⁷⁶.

Tuttavia, soprattutto a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, si assiste alla diffusione di un'altra tipologia di moduli consensuali nell'urbanistica. Dapprima per casi limitati, poi in modo sempre più diffuso, le amministrazioni comunali hanno redatto i piani urbanistici contrattando le scelte direttamente con i proprietari privati³⁷⁷. Queste nuove tendenze si rafforzano notevolmente negli Novanta, e poi a partire dal nuovo millennio, ma rimangono ancora al di fuori di un preciso riferimento normativo e sistematico.

Nonostante il silenzio legislativo, è comunque doverosa la necessaria presa d'atto che nel nostro ordinamento si sta compiendo una trasformazione radicale del modello di

³⁷⁵ P. URBANI, *Urbanistica solidale*, op. cit., p. 152.; F. PELLIZER, *Accordi tra amministrazioni e tra amministrazioni e privati nel governo del territorio*. op. cit., p. 9 e ss.

³⁷⁶ G. PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, op. cit., p. 470 e ss..

³⁷⁷ Sulle cause che hanno determinato la diffusione di questi nuovi strumenti nell'urbanistica italiana, cfr. F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie, contestualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, p. 69 e ss e P. STELLA RICHTER, *Necessità e possibilità della pianificazione urbanistica*, p. 83 e ss., entrambi in F. PUGLIESE e E. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, Milano, Giuffrè Editore, 1999. Esse possono essere sinteticamente ravvisate anzitutto nella crisi del modello tradizionale di piano regolatore generale, basato sulla tassativa divisione in zone omogenee e sulla determinazione delle destinazioni d'uso dei suoli, che lo rendono uno strumento eccessivamente rigido ed incapace di dirigere e disciplinare i complessi processi di trasformazione urbana, di per sé mutevoli e repentini. A questo primo fattore di rottura, si accompagnano gli effetti disastrosi della crisi economica e della crisi finanziaria dei comuni, che inducono questi ultimi a fare appello a risorse e capitali privati. Non manca, infine, il motore democratico della ricerca del consenso del privato, quale momento di legittimazione del potere, che è andato rafforzandosi soprattutto a partire dall'introduzione nel nostro ordinamento dell'elezione diretta del sindaco, con la l. 81/1993. Sia consentito rinviare anche per questi aspetti a M. DE DONNO, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *RGE*, 5, 2010, p. 279 e ss..

azione amministrativa. La diffusa tendenza a ricercare un punto di convergenza tra interessi pubblici e interessi privati, coinvolti nella pianificazione territoriale, giunge infatti proprio con questo nuovo tipo di accordi al massimo livello di compenetrazione, proprio perché tocca più da vicino la prospettiva e la dimensione generale del potere pubblico.

Se quindi, da un lato, gli accordi “a monte” possono essere intesi come una nuova manifestazione del principio di partecipazione dei cittadini all’attività amministrativa, dall’altro, non può negarsi come essi nascondano un orizzonte ricco di insidie³⁷⁸.

Sono sin troppo evidenti infatti le esigenze costituzionalmente sensibili coinvolte dalla fattispecie: il principio di uguaglianza, la tutela del paesaggio, la tutela della proprietà privata e, non per ultimo, i principi di buon andamento e di imparzialità della p.a..

E purtuttavia essi continuano a rimanere nel limbo della prassi, al di fuori di un qualsiasi intervento regolatore da parte del legislatore statale.

Gli accordi a monte a causa quindi di un atteggiamento conservatore e poco illuminato di quest’ultimo, si legano, attualmente, anche ad un fenomeno di regressione del principio di legalità³⁷⁹. Il legislatore infatti – se si vuol vedere l’altra faccia della medaglia – preferisce non vagliare queste forme di pressione sulla volontà pubblica, di condizionamento della discrezionalità e del potere amministrativo, che lascia, così, esposti alla pura logica della contrattazione, al di fuori di ogni regola e garanzia.

Proprio questa convinzione induce a ritenere che gli episodi di debolezza e scarsa tenuta delle istituzioni, che spesso accompagnano l’urbanistica consensuale, siano imputabili anche a questa costante rinuncia del legislatore di riportare nel mondo del diritto un fenomeno ormai ultradecennale. Mentre l’incontro pubblico-privato richiederebbe la preventiva fissazione non di minori, ma di maggiori regole del gioco³⁸⁰.

Invero, è questa una problematica che inizia ad essere avvertita anche dal legislatore, soprattutto degli ultimi anni. Tuttavia, in questo settore non è dato registrare significativi passi in avanti. Basti pensare alle attese create dal recente Rapporto del 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 corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*, che ne seguì.

³⁷⁸ M. MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, op. cit., p. 545.

³⁷⁹ Cfr. sul punto P. URBANI, *Pianificare per accordi*, op. cit., p. 178; A. TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, op. cit. p. 274 e ss..

³⁸⁰ P. URBANI, *Urbanistica consensuale, “pregiudizio” del giudice penale e trasparenza dell’azione amministrativa*, op. cit., p. 47 e ss.; ID. *Modeste proposte per favorire l’attuazione delle previsioni urbanistiche negoziate e superare (in parte) i fenomeni di concussione nella PA in materia di pianificazione urbanistica*, www.pausania.it. Si discosta in parte da questa visione, G. PIPERATA, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbanistiche*, in *Urb. App.*, 5, 2011, p. 508 e ss., ove l’A., in ragione di una certa flessibilità che connota questi strumenti, propone di «puntare più che altro sui principi e su di un regime minimo che delinei i margini esterni di dinamiche che andrebbero un pò lasciate alla concreta applicazione da parte delle amministrazioni e dei privati», piuttosto che su «una puntuale e rigida predeterminazione della dinamica da parte del legislatore».

Con specifico riferimento agli accordi a monte, la Commissione redattrice proponeva infatti testualmente «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»³⁸¹.

Non è questa del resto la prima delle occasioni mancate per introdurre finalmente una disciplina degli accordi a monte anche nel nostro ordinamento. Basti qui citare il progetto di legge Mantini, n. 1794/2008, in materia di *Principi fondamentali del governo del territorio*, che all'articolo 8 espressamente prevedeva: «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».

Deve tuttavia, da ultimo, essere segnalato il recente disegno di legge di riforma della legislazione urbanistica statale, recante *Principi in materia di politiche pubbliche territoriali e di trasformazione urbana*, licenziato lo scorso 21 maggio dalla commissione interministeriale insediata dal Ministro delle Infrastrutture.

Nell'ottica e con la finalità di un ammodernamento strutturale della l. n. 1150/1942, il testo tenta di rispondere a tutte le questioni poste negli ultimi anni dalla prassi urbanistica, fornendo una disciplina in tema di compensazioni, 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.

Non manca quindi una disciplina anche per gli accordi urbanistici.

³⁸¹ Cfr. Rapporto del Governo, 2012. *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, p.161.

Degno di nota è anzitutto l'art. 1 che annovera tra i principi fondamentali del governo del territorio anche il principio di consensualità³⁸². Il successivo Capo III prevede invece la disciplina in materia di «accordi tra amministrazioni e privati in ambito urbanistico e giurisdizione».

L'art. 15 dispone: «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».

Il successivo art. 16 devolve invece le controversie relative agli accordi urbanistici alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e delega il Governo a modificare le relative disposizioni del codice del processo amministrativo, prevedendo, altresì, l'estensione a suddette controversie del rito speciale in materia di appalti di cui all'art. 119 c.p.a..

In attesa di un'evoluzione positiva di questo nuovo disegno di legge, non può invece che registrarsi, allo stato, una differente tendenza a livello regionale.

Ed infatti, sulla scia delle molteplici innovazioni di cui si sono rese protagoniste le Regioni nella materia del governo del territorio, alcune di esse hanno già introdotto una disciplina normativa proprio degli accordi a monte.

Si tratta, per vero, di un numero piuttosto esiguo di Regioni³⁸³, che, nondimeno, con queste norme, si sono poste in posizione di netta avanguardia nel panorama giuridico di riferimento. Sarà questo, dunque, il campo privilegiato di studio, a completamento definitivo della nostra disamina.

³⁸² Art. 1 (oggetto e finalità della legge): «La presente legge: i) stabilisce i principi fondamentali in materia di «governo del territorio», in attuazione dell'articolo 117, comma 3 della Costituzione, garantendo lo sviluppo socio-economico, un razionale uso del suolo, la soddisfazione delle esigenze connesse al fabbisogno abitativo, privilegiando il rinnovo e la qualificazione del patrimonio edilizio, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione, con sensibilità, partecipazione, proporzionalità, concorrenza, leale collaborazione tra pubbliche amministrazioni e tra queste ultime e i privati nella definizione e attuazione degli strumenti di pianificazione, semplificazione degli strumenti medesimi e non aggravamento dei procedimenti».

³⁸³ Ne offre un'analisi G. PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, op. cit., p. 488 e ss.

L'Emilia Romagna è stata la prima ad introdurre la fattispecie nella propria legislazione, con la L.r. 24 marzo 2000, n. 20, ed è stata anche l'unica ad avervi apportato modifiche, innovando non poco l'istituto. Seguono, in ordine cronologico, il Veneto, con la L.r. 23 aprile 2004, n. 11 e quindi l'Umbria, con la L.r. 22 febbraio 2005, n. 11.

La nostra analisi prenderà le mosse, pertanto, proprio dalla nuova disciplina di cui all'art. 18, della legge urbanistica dell'Emilia Romagna. Essa, infatti, gode di un maggiore assestamento rispetto alle incertezze causate dall'art. 11 l. n.241/1990 alla materia dell'urbanistica, rappresentando il risultato di un più compiuto processo di maturazione giuridica, che non ha eguali nell'ordinamento regionale. Preme infatti sin d'ora sottolineare come la L.r. 11 del 2004 del Veneto offra nel suo art. 6 l'esatto duplicato dell'ormai modificato art. 18; né si registrano, ad oggi, nella legislazione di questa Regione interventi di modifica, a ruota di quelli emiliano romagnoli.

Concludono l'*excursus* le disposizioni della legge umbra, che suggeriscono, però, considerazioni non omogenee rispetto a quelle che è possibile compiere a proposito delle prime due esperienze regionali. Ma procediamo con ordine.

3.1. Gli accordi "a monte" nella legislazione regionale. L'art. 18 della L.r. 20 del 2000 dell'Emilia Romagna.

Nella Regione Emilia Romagna i c.d. accordi tra P.A. e privati "a monte" delle prescrizioni urbanistiche hanno riscosso un immediato successo già a partire dai primi anni di applicazione della L.r. 20/2000. Da un lato, infatti, la possibilità di portare alla piena luce del sole le intese officiose di fatto già presenti nella prassi amministrativa dei Comuni emiliano romagnoli; dall'altra la semplicità di predisposizione degli stessi ne ha favorito la diffusione. E del resto è apparso sin da subito, il contributo che questi accordi potevano portare per immettere nella pratica urbanistica una maggiore concorrenzialità tra gli operatori, nonché per ridurre la rendita fondiaria, legando l'assegnazione dell'edificabilità delle aree all'effettivo contributo dato da ciascun operatore allo sviluppo e alla qualificazione del territorio³⁸⁴. La legge 6 luglio del 2009, n. 6, "Governo e Riquilificazione solidale del Territorio", è intervenuta per consolidare la disciplina di cui all'art. 18³⁸⁵.

³⁸⁴ Così si legge nella Circolare illustrativa Titoli I e II della L.r. Emilia Romagna 6/2009, del 12 maggio 2010, PG/2010/23900.

³⁸⁵ La legge *de qua* costituisce attuazione dell'Intesa sancita il 1° aprile 2009 tra lo Stato, le Regioni e gli Enti Locali, che tra l'altro impegnava le Regioni ad assumere un provvedimento legislativo che incentivasse interventi di recupero e di riqualificazione del patrimonio abitativo esistente, per favorire il rilancio dell'economia attraverso lo sviluppo dell'attività edilizia. La scelta operata dalla Regione Emilia Romagna è stata quella di non limitarsi ad approvare misure anticicliche, ma di favorire il rilancio della comunità regionale attraverso un'organica riforma del governo del territorio e dei programmi di riqualificazione. Ed in tale contesto il legislatore ha previsto che la definizione degli assetti territoriali e degli interventi di riqualificazione, così rilanciati, possano essere accompagnati anche dagli accordi tra amministrazione e privati, al fine di ricercare la massima coerenza e condivisione sugli stessi. Ne è derivato un rafforzamento della tenuta giuridica dell'istituto.

La norma nella sua formulazione vigente prevede, pertanto, che «*gli Enti locali possono concludere accordi con i soggetti privati nel rispetto dei principi di trasparenza, di parità di trattamento degli operatori, di pubblicità e di partecipazione al procedimento dei soggetti interessati, per assumere in tali strumenti previsioni di assetto del territorio di rilevante interesse per la comunità locale, condivise dai soggetti interessati e coerenti con gli obiettivi strategici individuati negli atti di pianificazione. Gli accordi possono attenersi al contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica, sono stipulati nel rispetto della legislazione e pianificazione sovraordinata vigente e senza pregiudizio dei diritti dei terzi*»³⁸⁶.

Gli accordi tra amministrazione precedente ed i privati «sul contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica» sono ricondotti quindi nella categoria degli accordi di cui all'art. 11 della legge 241 del 1990. A tale norma, infatti, l'art.18 rinvia, per quanto non espressamente disciplinato³⁸⁷.

Gli accordi *de quibus* rappresentano un'ipotesi del tutto nuova di partecipazione qualificata dei soggetti privati al procedimento di formazione ed approvazione dei piani urbanistici e territoriali.

La *ratio* precipua di questo strumento è quella di permettere la partecipazione alla determinazione dei contenuti discrezionali del provvedimento di pianificazione³⁸⁸, ai destinatari dello stesso ed a coloro che sono chiamati a darvi attuazione³⁸⁹. Resta sottesa a tale finalità, la possibilità di realizzare, con questo momento di condivisione, risultati di interesse generale ulteriore, e di più elevata qualità, rispetto a quanto è esigibile con gli ordinari precetti legislativi³⁹⁰.

³⁸⁶ Il precedente comma 1 dell'art. 18 così disponeva: «*Gli enti locali possono concludere accordi con i privati per assumere nella pianificazione proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse per la comunità locale, al fine di determinare talune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica*». Per un commento della norma, nella sua versione iniziale, si veda F. GUALANDI, *Gli accordi nell'urbanistica negoziale con particolare riferimento all'art.18 della Legge regionale dell'Emilia Romagna n. 20/2000*, in *Lexitalia.it.*; M. MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, op. cit., p.539 e ss.; F. PERLINI, *La nuova legge urbanistica dell'Emilia Romagna(L.r. 24 marzo 2000, n.20 e successive modificazioni ed integrazioni):profilo critici-ricostruttivi*, in *RGU*, 1-2/2005, p. 251 e ss..

³⁸⁷ Il richiamo è in particolare ai commi 2, 4 e 5 dell'art. 11. Quest'ultimo a ben vedere «costituisce un vero fuor d'opera, perché si occupa di un profilo che esula dalla competenza legislativa regionale», così G. SCIULLO, *Accordi e conferenze di servizi nella legge sul governo del territorio dell'Emilia Romagna*, in *Lexitalia.it*. La norma è rimasta in questa formulazione, nonostante i recenti interventi di modifica compiuti sulla legge nel 2013. Si sarebbe invece auspicato quantomeno un aggiornamento rispetto all'ormai abrogato comma 5 dell'art.11.

³⁸⁸ Gli accordi possono attenersi solo a quei contenuti del piano che sono definiti discrezionalmente dall'amministrazione, non potendo essere strumento per derogare a previsioni legislative ovvero alla pianificazione sovraordinata vigente.

³⁸⁹ Così la Circolare illustrativa dei Titoli I e II della L.r. 6/2009, del 12 maggio 2010, PG/2010/23900, che aggancia la natura di istituto di partecipazione al procedimento di pianificazione alla previsione di cui all'art. 11 comma 1, L. 241/1990, secondo cui l'amministrazione può concludere accordi con gli interessati «in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10»

³⁹⁰ E significativamente ravvisabili nell'elenco delle dotazioni territoriali, realizzabili da parte dei soggetti attuatori degli interventi previsti nella pianificazione urbanistica comunale, contenuto nell'art. A-26, Allegato 1, della L.r. 20 del 2000.

In altre parole, il legislatore regionale, in linea con gli sviluppi dottrinali e legislativi statali sull'istituto, ha inteso subordinare il ricorso all'accordo al caso in cui questo costituisca, di fatto, strumento essenziale per far assumere al "privato che partecipa" obblighi che non sarebbero imponibili tramite le prescrizioni poste autoritativamente dalla P.A.

Il primo comma precisa, quindi, le condizioni di ammissibilità cui è subordinata la conclusione degli accordi. Le previsioni condivise di assetto del territorio devono essere, cioè, di «*rilevante interesse per la comunità locale*» ed al tempo stesso non possono essere «*in pregiudizio dei diritti dei terzi*»; devono altresì essere «*coerenti con gli obiettivi strategici individuati negli atti di pianificazione*», nonché attenersi alle disposizioni della «*legislazione e pianificazione sovraordinata vigente*».

E' compiuto, altresì, un richiamo ai principi di imparzialità e parità di trattamento degli operatori, di trasparenza, pubblicità e partecipazione al procedimento di tutti gli interessati. Il principio di parità di trattamento degli operatori implica la necessità di attivare procedure concorsuali, ogniquale volta l'amministrazione intenda addivenire alla conclusione di un accordo³⁹¹. Resta, invece, da chiarire quale possa essere la portata applicativa degli altri principi, posto che ai sensi del comma 3, l'accordo «*costituisce parte integrante dello strumento cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione*». Sorge il dubbio, quindi, sul se l'accordo debba essere oggetto di forme di pubblicità e partecipazione distinte ed ulteriori, rispetto a quelle previste per il procedimento di pianificazione, ed invero non precisate nella norma³⁹². Il comma 2 impone l'obbligo di motivazione del ricorso allo strumento negoziale, attraverso l'indicazione, in particolare, delle «*ragioni di rilevante interesse pubblico*» che lo giustificano.

Ma ciò che attrae maggiormente la nostra attenzione è il riformato comma 3. La norma prevede, innanzitutto, che «*la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo esecutivo dell'ente*». La previsione, in ossequio ai su richiamati principi di imparzialità e trasparenza, si pone evidentemente in linea con la necessità di adeguare la disciplina regionale sugli accordi al nuovo comma 4*bis* dell'art. 11, introdotto dalla l. 15 del 2005³⁹³.

³⁹¹ La già citata circolare illustrativa, però, esonera le amministrazioni comunali dal dover ricorrere sempre alle procedure concorsuali. Infatti i Comuni possono valutare discrezionalmente le rilevanti ragioni d'interesse pubblico che sottendono alla proposta progettuale d'intervento del privato, anche avanzando nella negoziazione, proposte, soluzioni e ulteriori esigenze di interesse pubblico. Quindi, la circolare, fornisce le caratteristiche della proposta di intervento che richiedono o meno il ricorso alla gara, demandando alle amministrazioni stesse il compito di verificarne, di volta in volta, la sussistenza.

³⁹² Così G. SCIULLO, *Accordi e conferenze di servizi nella legge sul governo del territorio dell'Emilia Romagna, op. cit.*

³⁹³ Non mancano critiche a tale previsione. Cfr. G. SCIULLO, *Accordi e conferenze di servizi nella legge sul governo del territorio dell'Emilia Romagna, op. cit.*, secondo cui la determinazione dell'organo esecutivo «*appesantisce inutilmente il procedimento perché l'accordo è destinato a riflettersi sul piano territoriale ed urbanistico a sua volta oggetto di un atto di natura deliberativa della Giunta (proposta di piano da sottoporre al Consiglio ai fini dell'adozione)*»

Competente è, dunque, la Giunta comunale, in quanto è l'organo che svolge le funzioni di iniziativa e di impulso nel campo urbanistico e che può, di conseguenza, impegnarsi vero i terzi³⁹⁴.

In secondo luogo, la norma dispone che *«l'accordo è subordinato alla condizione sospensiva del recepimento dei suoi contenuti nella delibera di adozione dello strumento di pianificazione cui accede e della conferma delle sue previsioni nel piano approvato»*.

La legge di riforma ha voluto precisare ciò che emergeva, a livello unicamente interpretativo, nella precedente formulazione³⁹⁵, chiarendo così anche la natura preliminare "in senso stretto" dell'accordo. La sola sottoscrizione dell'accordo non può, dunque, impegnare in via definitiva l'amministrazione comunale a recepire nello strumento urbanistico l'assetto concordato con il privato. Le scelte urbanistiche costituiscono il frutto di un complesso procedimento, caratterizzato da fasi di concertazione istituzionale; dall'intervento qualificato della Provincia e dalla partecipazione dei cittadini attraverso la presentazione di osservazioni e opposizioni. Un accordo preliminare che, prima dell'adozione del piano, già ne ipotizza i contenuti, finisce per rendere inutili tali rapporti collaborativi e risulta in totale contrasto con i principi che informano il procedimento di pianificazione³⁹⁶.

L'unico effetto vincolante che, perciò, discende dalla stipulazione dell'accordo, consiste per la Giunta comunale, nell'impegno nei confronti del privato sottoscrittore, a proporre ed a promuovere l'approvazione del piano con i contenuti concordati; e per il privato, l'obbligo nei confronti dell'amministrazione di adempiere agli impegni assunti con l'accordo, ove sia approvato l'assetto urbanistico consensualmente predisposto.

L'efficacia dell'accordo, in sé e per sé considerato, resta, quindi, subordinata alla condizione che il Consiglio Comunale, nella sua piena autonomia, recepisca i suoi contenuti tanto nel piano adottato che in quello approvato. Qualora si realizzi tale condizione, l'accordo acquisterà efficacia dalla data di sottoscrizione, nel caso contrario resterà privo di effetti. E' bene precisare che in tale ultimo caso, il Consiglio è tenuto a motivare in maniera specifica, indicando le ragioni per cui non abbia inteso recepire quel contenuto pianificatorio sul quale si sono espressi favorevolmente il Sindaco, con la stessa sottoscrizione dell'accordo, e la Giunta con la deliberazione preliminare cui prima si accennava.

³⁹⁴ E' al Consiglio Comunale che, invece, spetta l'adozione e l'approvazione del piano urbanistico, a norma dell'art. 42 comma 2 lett. b) del D. Lgs. 267/2000, e pertanto solo un atto fondamentale di questo organo può impegnare l'intero ente locale.

³⁹⁵ *«L'accordo è recepito con la delibera di adozione dello strumento ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano approvato»*.

³⁹⁶ Così si esprime la stessa Circolare illustrativa PG/2010/23900, cit., p. 26.

3.2. *Le altre esperienze regionali: l'art. 6 della L.r. 11 del 2004 del Veneto e l'art. 11 della L.r. 11 del 2005 dell'Umbria.*

Le disposizioni sugli accordi “a monte” della L.r. 23 aprile 2004, n. 11 del Veneto si pongono a ruota di quelle contenute nella L.r. 20 del 2000 dell'Emilia Romagna. Senza peccare di eccessiva originalità, il legislatore veneto ha riprodotto in modo pressoché identico, l'art. 18, nella sua formulazione originaria. Nella norma, perciò, si palesano, le incertezze e le lacune, che il legislatore emiliano-romagnolo ha cercato di superare e di colmare con l'intervento del 2009³⁹⁷.

L'art. 6, dunque, riconosce la possibilità per tutti gli enti territoriali – Regioni, Province e Comuni – di stipulare accordi con soggetti privati *«per assumere nella pianificazione proposte di progetti o di iniziative di rilevante interesse pubblico»*, disponendo, ulteriormente, che tali accordi sono finalizzati alla *«determinazione di alcune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica, nel rispetto della legislazione e della pianificazione sovraordinata, senza pregiudizio dei diritti dei terzi»*. Una volta che si sia proceduto all'approvazione dello strumento di pianificazione, essi costituiscono *«parte integrante»* dello stesso e sono soggetti *«alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione»*. E' previsto per quanto non espressamente disciplinato, il rinvio all'art. 11, commi 2 e seguenti, L. 7 agosto 1990, n. 241.

Come emerge, anche il legislatore veneto fa dipendere da una specifica *condicio iuris* l'ammissibilità degli accordi: essi devono essere finalizzati alla realizzazione di progetti o di iniziative private di *«rilevante interesse pubblico»*. Così come per l'Emilia Romagna, anche qui, dunque, il legislatore regionale sceglie di limitare gli accordi alle sole ipotesi in cui la determinazione concordata delle prescrizioni urbanistiche possa rendere concretamente realizzabili progetti o iniziative private, connotate dalla rispondenza ad un rilevante interesse pubblico. Proprio questa corrispondenza è, del resto, la ragione che giustifica l'eccezione alla via normale di esercizio dei poteri pianificatori, e deve, perciò, essere intesa restrittivamente, come assoluta indispensabilità dei progetti e delle iniziative private proposte.

Il comma 3 dell'art. 6 dispone che: *«l'accordo è recepito con il provvedimento di adozione dello strumento di pianificazione ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano approvato»*. Nella norma potrebbe essere ravvisata quella condizione sospensiva di efficacia dell'accordo già vista, con l'unica differenza che nell'art. 18 essa ormai risulta *expressis verbis*, a seguito della specificazione compiuta dalla novella del 2009, mentre nell'art. 6 sarebbe necessario ricavarla ancora per via interpretativa.

³⁹⁷ Per un commento della disciplina veneta, cfr. M. BREGANZE, *La nuova pianificazione urbanistico-territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2, 2005, p. 210 e ss.; V. DOMENICHELLI, *Gli elementi caratterizzanti della Legge Regionale del Veneto 23 aprile 2004, n.11*, in *Nuova rass.*, 5, 2006, p. 499 e ss.

Ad ogni modo, dalla disposizione deriva l'assoluta assenza di vincolatività dell'accordo. Non sarebbe perciò configurabile un diritto all'indennizzo per il privato nel caso in cui le prescrizioni, contenute nell'accordo e recepite con la deliberazione di adozione, non siano riconfermate dalla deliberazione di approvazione.

I presupposti indicati dal comma 4 dell'art. 11 della LPA potranno verificarsi solo successivamente a quest'ultima e solo qualora, appunto, l'accordo sia definitivamente approvato.

Con lo strumento della condizione sospensiva dell'efficacia dell'accordo in sede di adozione del piano, e con la conseguente possibilità per l'Amministrazione di stralciarli in occasione della successiva approvazione, anche il legislatore veneto, dunque, ha inteso salvaguardare la funzione urbanistica nella sua dimensione tradizionale, recuperandone l'indisponibilità e la non negoziabilità, almeno nel suo momento più importante.

Come è evidente le differenze nella disciplina degli accordi tra le due Regioni si riducono a ben poca cosa.

Manca nell'art. 6 il richiamo all'obbligo di motivazione della scelta di pianificazione, là dove definita con l'accordo. Tuttavia esso verrebbe recuperato per effetto del rinvio all'art. 11 della l. n. 241/1990, che prevede ora un preciso obbligo di motivazione anche per gli accordi amministrativi.

Nella norma emiliana si faceva e si fa riferimento a proposte di progetti e iniziative di «rilevante interesse per la comunità locale», mentre in quella veneta le stesse devono essere «di rilevante interesse pubblico». Il portato giuridico non è del tutto identico. L'art. 18 sembrerebbe, infatti, presupporre che l'unico interesse pubblico giustificativo dell'accordo sia quello pubblico rilevante per la comunità locale e non quello generale. Inoltre, l'art. 6 ammette il ricorso agli accordi a tutti gli enti territoriali; l'art. 18 circoscrive tale possibilità alla Provincia e ai Comuni, con esclusione, quindi della Regione.

Senonché, una nota di merito per la legislazione urbanistica veneta va senz'altro riferita all'attenzione che questa ha riservato ai soggetti portatori di interessi diffusi. Sarà molto più probabile, almeno stando alla lettera della norma, che un'associazione possa addivenire ad un accordo con più frequenza in Veneto piuttosto che in Emilia Romagna, ove il legislatore sembra orientato soprattutto verso i proprietari e gli operatori economici del settore. Infatti, le «associazioni economiche e sociali portatrici di rilevanti interessi sul territorio e di interessi diffusi» e dei «gestori di servizi pubblici e di uso pubblico», sono ammessi «a concorrere alla definizione degli obiettivi e delle scelte strategiche individuate dagli strumenti di pianificazione», durante la fase concertativa prevista dall'art. 5 comma 2, da collocarsi nella sottofase istruttoria del procedimento pianificatorio³⁹⁸. Per tali soggetti è, allora, ipotizzabile che l'accordo possa costituire il risultato di una più pregnante partecipazione nel procedimento.

³⁹⁸ G. PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, op. cit., p. 492.

L'ultima Regione che si è cimentata nel fornire una disciplina degli accordi "a monte" è l'Umbria, con la L.r. 22 febbraio 2005, n. 11.

Dispone l'art. 12: *«I soggetti privati singoli o associati, durante le fasi di deposito e pubblicazione del PRG, parte operativa, possono partecipare alla sua definizione e a quelle delle relative varianti, proponendo i piani attuativi di cui all'articolo 20 e seguenti o i programmi urbanistici di cui all'articolo 28, con i contenuti richiesti per detti piani o programmi, accompagnati da atti d'obbligo unilaterali relativi agli impegni anche economici dei proponenti in materia di infrastrutture, di dotazioni territoriali e funzionali minime. Qualora il comune accolga in sede di esame delle osservazioni tali proposte, il loro contenuto si intende adottato anche come piano attuativo o programma urbanistico, fatto salvo quanto previsto all'articolo 24, comma 11.*

Per quanto non disciplinato dalla presente legge trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ed è comunque fatto salvo quanto stabilito dalle disposizioni in materia di procedure concorsuali di evidenza pubblica».

E', però, di immediata percezione che la norma non disciplini un'ipotesi di accordo quale quello fin qui esaminato, ma, al contrario, si limita a delineare una fattispecie caratterizzata, da un lato, dalla proposta del privato relativa alla realizzazione di uno strumento attuativo, e, dall'altro, da una semplificazione procedimentale in virtù della quale si riconosce all'adozione del PRG anche la funzione di adozione del piano attuativo o del programma urbanistico. Si tratta, perciò, né più né meno di un'ipotesi di iniziativa privata nell'ambito degli strumenti urbanistici attuativi. In questa prospettiva, perciò, il richiamo dell'art. 11 sembra possa giustificarsi più sul piano interpretativo dell'*analogia legis* che non su quello dell'identità tra le due fattispecie³⁹⁹.

Allo stato attuale, può dirsi, perciò, che due soltanto sono le Regioni che hanno legiferato effettivamente sugli accordi "a monte" delle prescrizioni di piano tra p.a. e privati, segno questo che l'emersione dal limbo della prassi sarà ancora tarda a venire.

3.3. Possibilità giuridica degli accordi "a monte" nella legislazione regionale di dettaglio (e rinvio alla Parte IV).

In attesa di una definitiva presa di posizione del legislatore statale, una parte della dottrina, contraria agli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche, fa leva su due ordini di argomenti per escluderne la possibilità giuridica nel nostro ordinamento.

Il primo attiene proprio all'assenza nella materia del governo del territorio di un principio fondamentale in base al quale sia ammissibile una definizione consensuale degli strumenti urbanistici generali; con la conseguenza che le norme regionali prima richiamate, sarebbero illegittime per violazione dell'art. 117 comma 3 della Costituzione⁴⁰⁰.

³⁹⁹ G. PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, op. cit., p. 498.

⁴⁰⁰ Cfr. in particolare G. PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, op. cit., p. 470 e ss.

Il secondo rinvia all'art. 13 della L. 241 del 1990, che, come noto, esclude l'applicazione del Capo III della medesima legge – relativo alla partecipazione al procedimento amministrativo, nel quale trova collocazione anche l'istituto degli accordi amministrativi – dall'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione⁴⁰¹.

Al fine di chiarire, dunque, se la normativa di dettaglio delle Regioni su indicate sia o meno conforme a Costituzione, in assenza, al momento, di una legge cornice sui principi fondamentali in materia di governo del territorio, si pone la necessità di rintracciarli nella legislazione statale di settore⁴⁰². In altre parole, occorre verificare se nel panorama normativo statale sia rinvenibile un principio fondamentale che consenta alle Regioni a Statuto ordinario di ammettere il ricorso agli accordi tra i privati e le pp.aa., per la definizione della pianificazione urbanistica generale.

Alla luce dell'analisi sin qui condotta, deve ammettersi che, effettivamente, non è possibile individuare nella legislazione urbanistica statale una sola indicazione circa l'esistenza di un principio, dal quale sia desumibile che *anche* il contenuto degli strumenti urbanistici generali possa essere definito attraverso un'intesa negoziale tra amministrazione e privati. Come si è visto, il contesto tipico rimane quello degli strumenti urbanistici di attuazione.

Occorre allora verificare se piuttosto un principio fondamentale, che renda effettivamente praticabile la via consensuale anche per la definizione dei contenuti dei piani urbanistici di carattere generale, non sia individuabile nella legislazione statale di disciplina generale dell'azione amministrativa. Il procedimento di pianificazione territoriale, ferme le particolarità che lo contraddistinguono, è pur sempre un procedimento amministrativo, e, in quanto tale, soggetto ai principi generali desumibili dalla L. 7 agosto 1990, n. 241.

Il rinvio *ipso facto* è al principio di consensualità desumibile dall'art. 11 di questa legge. Ma può tale articolo essere idoneo a sostenere un ruolo così tanto ambizioso quanto oneroso?

Di primo acchito, il rinvio alla norma *de qua* sembrerebbe improponibile proprio in virtù della previsione di cui al successivo art. 13 comma 1. Ma sulla sua interpretazione dottrina e giurisprudenza si sono divise.

⁴⁰¹ G. PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, op. cit., p. 474 e segg.; B. CAVALLO, *Sussidiarietà orizzontale e L. n. 241/1990 nel governo del territorio*, in *Riv. Giur. Urb.*, 3, 2006, p. 395 e ss.

⁴⁰² Questa soluzione, già accolta dal legislatore nel 1970, in occasione della prima attuazione del sistema regionale italiano, sulla scia di numerose sentenze della Corte Costituzionale (tra cui sentt. 14 luglio 1958, n. 49; 16 maggio 1968, n. 46; 19 giugno 1973, n. 88) è stata sostenuta anche dopo la riforma del Titolo V, trovando conferma nella sentenza n. 282 del 2002 della Corte. La Consulta chiarisce, infatti, che in attesa dell'adozione di nuove leggi-cornice statali, la potestà legislativa concorrente può essere esercitata dalle Regioni, a condizione che esse rispettino «*i principi ricavabili dalla legislazione già esistente*». Conformemente anche le sentenze C. Cost., 27 novembre 2003, n. 353 e C. Cost. 25 marzo 2005, n.120. Cfr. anche L. PALADIN, *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1979, p. 74 e ss.

Come anticipato, secondo un primo orientamento, dall'art. 13 discenderebbe l'inapplicabilità degli accordi ex art. 11 all'attività dell'amministrazione diretta anche all'emanazione degli atti di pianificazione. Sarebbero evidenti le ragioni che porterebbero ad escludere la partecipazione pattizia in questi procedimenti. L'accordo endoprocedimentale, identicamente a quello sostitutivo, presuppone un rapporto bilaterale preciso tra il soggetto pubblico e quello privato, che non è possibile rinvenire nell'atto generale, il quale si indirizza ad una pluralità non definibile di destinatari. Pertanto, l'art. 13 troverebbe base e giustificazione proprio nel principio espresso nello stesso art. 11, secondo cui gli accordi si possono concludere soltanto «senza pregiudizio dei diritti dei terzi»⁴⁰³. E' chiara, dunque, la portata e la *ratio* dell'art. 13, che, del resto, troverebbe conferma proprio nella novella della l. 15 del 2005, che ha precisato il suo ambito di applicazione, relativo a *tutte* le norme sulla partecipazione, ivi incluso l'art. 11. E quindi, *in claris non fit interpretatio*⁴⁰⁴.

Analoga posizione ha assunto in più di un'occasione anche la giurisprudenza, che ha, in tal senso, operato una netta 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 sarebbero senz'altro ammissibili. Invece, i primi resterebbero incompatibili con l'art. 13 della L. 241/1990⁴⁰⁵.

Nondimeno, l'atteggiamento di chiusura di questa parte della dottrina e della giurisprudenza ha sollevato più di una critica. Infatti, è anche stato sostenuto che l'art. 13 non istituirebbe 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 limiterebbe ad escludere che, in questi casi, la p.a. sia tenuta a garantire livelli così elevati di partecipazione⁴⁰⁶.

⁴⁰³ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 336; M. MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, *op. cit.*, p. 546, secondo il quale «il divieto per le pubbliche amministrazioni di concludere con i privati accordi integrativi della pianificazione generale riposa su una norma costituente diretta attuazione del principio di imparzialità della pubblica amministrazione».

⁴⁰⁴ B. CAVALLO, *Sussidiarietà orizzontale e L. n. 241/1990 nel governo del territorio*, *op. cit.*, p. 399 e ss. In tal senso anche F. G. SCOCA, *Gli accordi*, in *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 387 e ss.

⁴⁰⁵ In questo senso, Cass. SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262. In senso analogo Cass., SS.UU., 25 novembre 1998, n. 11934; Cass., SS.UU., 11 agosto 1997, n. 7452: «Sicché, a proposito dei piani urbanistici attuativi, potrebbe rivelarsi problematico individuare il fondamento di razionalità della scelta, che sarebbe stata compiuta dall'ordinamento, di prevedere l'ammissibilità degli accordi ed al tempo stesso sottrarli alla disciplina generale dettata dai commi 2 a 5 dell'art. 11».

⁴⁰⁶ Del resto, una normativa che escludesse *in toto* qualsiasi partecipazione dei soggetti interessati alla formazione di piani urbanistici con effetti conformativi della proprietà, presenterebbe aspetti di incostituzionalità sotto il profilo dell'irragionevolezza, anche solo in considerazione del fatto che tali piani presuppongono un'attività di comparazione tra i vari interessi, che devono essere valutati proprio

E perciò, l'adozione di queste modalità può costituire un qualcosa di più rispetto a quanto è obbligatorio per legge, ma la loro previsione non comporterebbe di certo alcun vizio di legittimità. L'art. 13, in altre parole, non può essere concepito in presenza di un principio di consensualità e di un principio di partecipazione al procedimento, per i quali non è inusitato cogliere la natura di principi generali dell'azione amministrativa⁴⁰⁷, come un divieto di applicabilità degli stessi, ma al più come una sorta di clausola di rinvio a favore della legge speciale. In quest'ottica, infatti, va valorizzata proprio l'ultima parte della norma in commento, che riserva, appunto, ai procedimenti prodromici all'emanazione di atti generali le «particolari» forme di partecipazione previste dalla legislazione speciale, che ne regola la formazione.

Quanto detto, può essere chiaramente riportato alla materia del governo del territorio. E' un dato acquisito che di pianificazione urbanistica può parlarsi in termini di ordinamento autonomo, dotato di sue proprie regole, erigibili a sistema⁴⁰⁸. Ed è la stessa LPA con la norma in commento ad accreditare questa prospettiva⁴⁰⁹.

In altri termini, l'art. 13 dà prova della consapevolezza del legislatore circa la suddivisione ordinamentale delle attività della pubblica amministrazione⁴¹⁰. Ne deriva che la deroga dell'art. 13 può apparire legata proprio alla particolarità delle attività tipiche dell'ordinamento urbanistico, che le rende non immediatamente e complessivamente riconducibili all'ordinamento generale. Ma ciò non impedisce affatto – qui sta il punto – che i principi desumibili dalla legge sul procedimento interessino anche le prime. Il legislatore della 241, più semplicemente, 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, del resto, alle Regioni.

attraverso l'apporto collaborativo dei soggetti coinvolti. Così A. FIALE, *Diritto Urbanistico*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2006, p. 66 e ss. In giurisprudenza, cfr. 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». In tal senso, anche Cons. St., Sez. IV, 24 ottobre 2000, n. 5720; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 2 maggio 2000, n. 388.

⁴⁰⁷ Qualifica il principio di consensualità alla stregua di un principio generale dell'azione amministrativa, per esempio, anche A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, op. cit., p. 146, ove l'A. afferma: «può ben dirsi, allora, che il principio di consensualità, quale principio generale dell'azione amministrativa, solennemente affermato dal testo predisposto dalla Commissione Nigro, sebbene espunto dalla legge n. 241, si è poi prepotentemente imposto nell'ordinamento in tanti settori...».

⁴⁰⁸ E' questa la prospettiva, già vista, di P. STELLA RICHTER, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, op. cit., p. 607 e ss.

⁴⁰⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, op. cit., p. 167 e ss.; P. URBANI, *L'urbanistica consensuale*, op. cit., p. 86 e ss.

⁴¹⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, op. cit., p. 168.

E a queste è richiesto, perciò, non tanto di reintrodurre ciò che dall'art. 13 sarebbe stato escluso, quanto di *dover* rispettare tutti i principi che secondo la legge sul procedimento presiedono alla funzione amministrativa, ivi incluso il principio di consensualità⁴¹¹.

Del resto, i giudici amministrativi ritengono che la l. n. 241/1990 «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»⁴¹².

Il richiamo alla competenza legislativa concorrente delle Regioni consente di completare i rilievi testé operati, con l'art. 29 della legge *de qua*.

La disposizione, come modificata dalla l. n. 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 – e questo è un inequivocabile portato della riforma del Titolo V Cost. – come statuizioni di principio vincolanti.

Di tal guisa, il principio di consensualità desumibile dall'art. 11 potrebbe senz'altro essere inteso come un principio fondamentale della disciplina del procedimento amministrativo, mentre lo stesso non può dirsi dell'art. 13⁴¹³: una deroga agli istituti della partecipazione, infatti, non può di certo essere concepita come norma di principio vincolante la potestà legislativa concorrente delle Regioni, e di conseguenza, «è lecito attendere ed auspicare limitazioni a tale deroga generale da parte del legislatore regionale»⁴¹⁴.

Deve notarsi come tali considerazioni possano trovare compiuto riconoscimento sul piano del diritto positivo, adesso, dopo la L. 18 giugno 2009, n. 69, che ha nuovamente modificato la l. n. 241 del 1990, anche nel suo art. 29.

Innanzitutto, il nuovo comma 1 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»⁴¹⁵, con il che si compie un notevole passo in avanti nel tentativo di permettere la maggiore diffusione possibile degli accordi.

⁴¹¹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, op. cit., p. 169.

⁴¹² Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105, cit. da C. CUDIA, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, op. cit., p. 264 e ss.. Si veda anche Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, secondo cui «i principi generali in tema di partecipazione procedimentale di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241, i quali hanno lo scopo di assicurare l'acquisizione corretta ed imparziale degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del pubblico potere, si pongono come canoni interpretativi della disciplina di settore, non già nel senso di un'interpretazione meramente letterale della legge speciale, ma piuttosto come ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate dal legislatore».

⁴¹³ P. URBANI, *L'urbanistica consensuale*, op. cit., p. 81.

⁴¹⁴ N. ASSINI - P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 177.

⁴¹⁵ «Le disposizioni di cui agli articoli 2bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5bis e 6, nonché quelle del capo IVbis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche».

In secondo luogo, 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*».

A ribadire il concetto 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*»

La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all'art. 117 comma 2, lett. m), è stata intesa dalla giurisprudenza costituzionale come la «materia trasversale» per eccellenza. In virtù di essa la legge statale può intervenire in qualunque materia e in tutti i livelli di competenza legislativa, quando si renda necessario garantire la fruizione di diritti civili e sociali in condizioni di uguaglianza da parte di tutti i cittadini, in tutto il territorio nazionale⁴¹⁶. Per cui, da un lato la *voluntas legis* va nel senso di un maggiore rafforzamento di tutti gli istituti della partecipazione nel procedimento amministrativo, ivi inclusi gli accordi ex art. 11⁴¹⁷, e dall'altro le norme che li disciplinano diventano cogenti anche per il legislatore regionale.

Si palesa, in definitiva, un contrasto tra l'art. 29 e l'art. 13, a meno che non si voglia davvero concepire quest'ultimo come “clausola di salvaguardia” degli ordinamenti particolari, incluso quello urbanistico. E c'è ormai più di un elemento che depone per una simile interpretazione.

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 deroga alcuna, l'attività della pubblica amministrazione, «*va da sé che esso debba riguardare ogni occasione di esercizio del potere*»⁴¹⁸.

Ammettendo, dunque, che, nell'attuale assenza di una legge cornice in materia di governo del territorio, al legislatore regionale resta, nella disciplina del procedimento pianificatorio, il quadro dei principi fondamentali desumibili dalla legge generale sul procedimento amministrativo, non vi sono ragioni per escludere che questi possa informare la propria legislazione urbanistica anche al principio fondamentale desumibile dall'art. 11, con la conseguenza che sono pienamente legittime le disposizioni regionali oggetto ultimo di questa indagine.

⁴¹⁶ C. Cost. 19 giugno 2002, n. 282.

⁴¹⁷ Secondo autorevole dottrina, del resto, «quello degli accordi non è solo un istituto del procedimento amministrativo, ma è un istituto di partecipazione al procedimento». Cfr. F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 418.

⁴¹⁸ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, op. cit., p. 167.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ALLA PARTE PRIMA

L'art. 11 della l. n. 241/1990 ha, dunque, definitivamente conferito legittimazione, fondamento legislativo e portata generale al principio di consensualità nell'azione amministrativa in Italia.

Innegabili le ricadute che questa norma ha provocato nel nostro ordinamento. Nel governo del territorio, fondamentale banco di prova per le tesi sulla negoziabilità del potere pubblico, dalle più antiche convenzioni di lottizzazione alle convenzioni nell'edilizia residenziale pubblica, dalle convenzioni edilizie alle convenzioni di recupero, e fino ancora agli strumenti della programmazione negoziata e della pianificazione urbanistica consensuale, tutti vanno verso un'unica direzione, verso, cioè, la recessione dell'attività di piano intesa come attività autoritativa, ed a favore di una nuova concezione del potere, che privilegia decisamente il consenso e la ricerca dell'accordo con il privato.

Nulla quaestio, dunque, per gli accordi "a valle" delle prescrizioni urbanistiche.

Il principio di consensualità si scontra invece, oggi, con più forti resistenze nella fattispecie più problematica degli accordi "a monte".

Se si condivide la tesi, che si assume in queste pagine, secondo cui proprio per la rilevanza dei principi costituzionali toccati dalla fattispecie, è preferibile una disciplina giuridica anche per questo nuovo tipo di convenzioni, possono forse anche condividersi le ragioni che hanno condotto a riconoscere al principio di consensualità la natura di principio generale dell'azione amministrativa.

Ciò rende non solo costituzionalmente legittime le norme regionali di dettaglio che già offrono una regolamentazione della fattispecie, ma permette altresì di riconoscere, in via generale ed astratta, la stessa possibilità giuridica degli accordi di pianificazione.

Se così è per il nostro ordinamento, un rafforzamento di questa tesi potrebbe probabilmente giungere anche dal diritto comparato.

Si è già visto nel Capitolo II di questa Prima Parte come il principio di consensualità, e gli accordi amministrativi, che di quello costituiscono il precipitato positivo, siano diffusi in un numero consistente di Paesi, e inizino a diffondersi anche nello stesso diritto amministrativo comunitario.

Nelle pagine che seguono, ci proponiamo perciò uno studio di due altri ordinamenti, la Francia e la Spagna, che per differenti ragioni, storiche e giuridiche, si avvicinano diversamente al fenomeno in questione, risultando davvero significative per la nostra analisi.

PARTE SECONDA

L'ORDINAMENTO GIURIDICO FRANCESE

INTRODUZIONE ALLA PARTE SECONDA

Quali sono le manifestazioni del principio di consensualità nel diritto amministrativo francese?

A partire dalla *Loi du 28 pluviôse an VIII* e poi grazie ai criteri elaborati dal *Tribunal des Conflits* e dal *Conseil d'Etat* sulla «*participation à l'exécution du service public*» e sulla «*clause exorbitante du droit commun*», la Francia ha accolto un *principe de soumission au droit public* dei contratti dell'amministrazione, dal quale è originata la teoria del *contrat administratif*.

Nondimeno, è dato ravvisare nell'ordinamento francese altre e diverse forme di ricorso da parte della Pubblica amministrazione al consenso ed alle prestazioni del privato, ove emergerebbe anche un esercizio negoziato dello stesso potere pubblico.

In esse la dottrina coglieva la natura più schiettamente convenzionale e non propriamente contrattuale delle fattispecie: si tratterebbe di *accord bilatéraux de volontés*, di *actes négociés*, di *conventions à effets réglementaires*, insomma di *actes plurilatéraux à simple apparences contractuelle*.

E' su queste figure e sul fenomeno della c.d. *administration contractuelle* che intendiamo concentrare la nostra analisi: su come esse vennero concepite e formate nella dottrina; su come esse vennero trattate nella giurisprudenza.

Si scoprirà un tendenza fortemente negazionista nel *Conseil d'Etat* a fronte di un'impostazione di maggiore apertura della scienza giuridica (I). Sulla base di giustificazioni teoriche circa l'indisponibilità e la non negoziabilità del potere pubblico, le convenzioni di questo tipo, seppure ampiamente diffuse nella prassi delle pubbliche amministrazioni, sono ritenute nulle dal giudice francese, anche quando uno schema consensuale sembra essere velatamente tratteggiato dallo stesso legislatore (II). Se perciò l'analisi della casistica giurisprudenziale ci indurrà a ritenere che il sistema giuridico francese non accolga espressamente ed in via generale accordi amministrativi con il privato, sul modello italiano, tedesco e spagnolo, nondimeno la nostra ricerca verrà diretta nel campo del diritto urbanistico, ove l'interesse pubblico e la pluralità degli interessi emergenti dal governo del territorio piegano più facilmente l'esercizio del potere a forme di accordo con il privato (III).

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ CONSENSUALE DELLA P.A. IN FRANCIA. TRA ACTE UNILATÉRAL, RÈGLEMENT E CONTRAT. EVOLUZIONE STORICA.

SOMMARIO: 1. Lo sviluppo dell'*administration contractuelle* nella prassi delle amministrazioni pubbliche francesi. - 2. L'attività consensuale della P.A. in Francia. Tra *contrat* e *acte unilatéral*. - 2.1. *Contrat* e *convention* nella scienza privatistica e nell'originaria classificazione di L. Duguit. - 2.2. ...e nella dottrina pubblicistica successiva. - 2.3. La polemica di C. Eisenmann sulla distinzione tra *acte unilatéral* e *acte plurilatéral*. - 2.4. L'*accord donné à un acte unilatéral* nelle elaborazioni del *Conseil d'Etat*: l'*accord comme condition* e l'*accord comme aménagement procédural d'un acte unilatéral*. - 3. L'attività consensuale della P.A. in Francia: tra *contrat* e *règlement*. - 3.1. Le diverse teorie sulla natura giuridica della *concession de service public*. La teoria dell'*acte mixte* e la teoria della natura contrattuale. - 3.2. La teoria de la *double nature*. - 3.3. Le *conventions à effets réglementaires* in A. de Laubadère, F. Moderne e P. Devolvé. - 3.4. Le considerazioni sull'*acte mixte* di Y. Madiot.

1. Lo sviluppo dell'*administration contractuelle* nella prassi delle amministrazioni pubbliche francesi.

Alla vigilia della prima Guerra Mondiale l'idea che la Pubblica amministrazione agisse per via unilaterale dominava il pensiero giuridico francese. La *décision exécutoire* sembrava lo strumento normale d'azione per l'amministrazione, mentre il contratto occupava un posto tradizionalmente limitato⁴¹⁹.

Nel 1913 L. Duguit segnalava nel suo saggio «*Les transformations du droit public*» che il *contrat* costituiva una forma marginale dell'azione pubblica e che l'*acte unilatéral* era, al contrario, la forma naturale dell'intervento amministrativo⁴²⁰. Barthélemy, nella prima versione del suo *Traité élémentaire de droit administratif*, non sviluppava neppure il tema dei contratti, mentre riconosceva la concessione come un atto misto, non realmente contrattuale ma piuttosto a carattere statutario⁴²¹.

Dal canto suo, la giurisprudenza, che allora non concepiva ancora del tutto un negozio per l'amministrazione affermava: «*Tous les actes accomplis par la puissance publique et ses agents...constituent des applications des lois et règlements*

⁴¹⁹ F. FERAL, *Contrat public et action publique: au cœur d'une administration régulatrice*, in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p. 527 e ss..

⁴²⁰ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, p. 159.

⁴²¹ H. BARTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 1900-1901, p. 490 e ss.; p. 581.

*administratifs... On peut donc dire que jamais la puissance publique et ses agents n'agissent dans les mêmes conditions que les particuliers»*⁴²².

L'espressione di Lacordaire «*la Loi libre où la liberté opprime*», nella quale ricorreva l'idea implicita che Legge e contratto si oppongono, descrive bene questa visione. Il contratto era l'espressione giuridica dei rapporti di forza tra gli uomini; la Legge, al contrario, espressione della sovranità dello Stato, esprimeva la volontà del popolo, per cui essa, imponendosi a tutti indistintamente, interveniva per riequilibrare i rapporti sociali⁴²³.

Del resto, il diritto pubblico francese che emergeva alla fine del XIX appare come «*la double victime de Weber et de Kelsen...l'un par une bureaucratie célébrée comme une science de l'administration, l'autre dans l'illusion d'une hiérarchie juridique fonctionnelle construite dans la mythologie de l'État nation*»⁴²⁴.

Questi due modelli avevano collaborato alla costruzione de l'*État dominateur*, del suo apparato e dei suoi legami con la società. In un simile contesto, allora, il cittadino «*n'a qu'à se conformer à cette organisation scientifiquement parfaite et à obéir à une norme qui en est l'expression pure*»⁴²⁵: alcuna forma di contrattazione tra lo Stato e i singoli era possibile.

Erano queste, però, posizioni ed affermazioni destinate ad essere smentite nel giro di pochi anni.

Proprio mentre veniva forgiata la nozione di *service public*, e lo Stato vedeva considerevolmente aumentati i propri campi di intervento, il contratto emergeva come strumento ideale per l'amministrazione, mediante il quale affidare parte dei nuovi compiti ai soggetti privati, salvo riservarsi un diritto di controllo e di direzione a salvaguardia delle finalità di interesse pubblico.

Il contratto sembrava essere, dunque, la tecnica più appropriata per questa inedita forma di collaborazione tra l'amministrazione e il privato: ciascuno di essi aveva il proprio ruolo, l'amministrazione si sottraeva in qualche modo alle sue nuove missioni e il privato conseguiva nuovi profitti. Ma affinché la soddisfazione dell'interesse pubblico, potesse essere garantita in ogni circostanza, a partire dalle distinzioni prodotte dall'*arrêt Blanco*⁴²⁶, la dottrina – Hauriou, Duguit, Jéze – e il *Conseil d'Etat* sotto l'impulso dei *Commissaires du gouvernement* del tempo – Romieu, Tardieu, Léon Blum, Corneille – immaginarono e svilupparono la teoria del *contrat administratif*, che era sì un contratto, ma senza esserlo completamente, in quanto l'amministrazione, parte contraente

⁴²² E' quanto affermato dal *Commissaire du Gouvernement* Tessier nelle proprie conclusioni alla sentenza *Feutry*, del *Tribunal des Conflits* (d'ora in poi T.C.), 29 février 1908, n° 00624.

⁴²³ In effetti, una delle caratteristiche del diritto pubblico francese è «*le culte de la loi*». Dogma elaborato dopo la Rivoluzione francese del 1789, esso si ricollegava all'idea secondo la quale lo Stato, imbrigliato per troppo tempo dall'assolutismo, riconosceva la Legge, espressione della volontà generale e strumento dell'aspirazione collettiva alla legalità, come nuovo ed unico sovrano. Cfr. P. LEGENDRE, *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique*, op. cit., p. 397 et ss.

⁴²⁴ F. FERAL, *Contrat public et action publique: au cœur d'une administration régulatrice*, op. cit., p. 531.

⁴²⁵ *Ivi*, p. 532.

⁴²⁶ T.C. 8 février 1873.

privilegiata del rapporto, disponeva di alcune prerogative per la tutela dell'interesse pubblico, che tuttavia non si traducevano in un pregiudizio per il privato.

Non ci vollero poi che trent'anni, dal 1900 al 1930, perché gli aspetti essenziali di questo istituto venissero definiti, attraverso una serie di grandi sentenze che condizionarono definitivamente la sua fisionomia: *Gaz de Daville-lès-Rouen*, fino a *Compagnie des tramways de Cherbourg*, passando per *Compagnie générale française des tramways*, *Granits porphyroïdes des Vosges* e *Gaz de Bordeaux*, per arrivare alle ultime, negli anni '50, *Laruelle* e *Delville*.

Ciononostante, proprio dopo questa fioritura, la teoria del contratto amministrativo francese subì un brusco arresto. Il potere pubblico, l'unilateralismo e il dirigismo economico, che si erano andati rafforzando durante il conflitto bellico per far fronte alle storiche difficoltà del momento, contribuirono insieme alla costruzione della teoria dei *services publics industriels et commerciaux*, alla creazione delle prime imprese pubbliche e ai processi di nazionalizzazione, a rendere lo strumento contrattuale, manifestazione dell'autonomia della volontà e dell'uguaglianza delle parti, un «*souvenir de la belle époque*»⁴²⁷. E il mezzo privilegiato dell'azione amministrativa ritornò ad essere l'*acte unilatéral*.

Così, quasi paradossalmente, mentre nella teoria il *contrat administratif* raggiungeva il suo momento di massima diffusione, nella prassi cominciò a farsene a meno.

A partire dagli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso, tuttavia, avviati con la V^a Repubblica i processi di ristrutturazione istituzionali, territoriali, economici e sociali del Paese⁴²⁸, le nuove missioni dell'amministrazione determinarono sia un ritorno allo strumento contrattuale propriamente inteso, per ottenere dai singoli prestazioni, servizi e forniture⁴²⁹, che un ricorso sempre più crescente a forme convenzionali ed a metodi di azione negoziata, convenzionale e concertata⁴³⁰, che sembravano rendere più accettato l'intervento statale da parte degli operatori economici privati⁴³¹.

⁴²⁷ P. WEIL, *Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés*, in *Les conventions entre personnes publiques, Mélanges en l'honneur de Michel Statssinopoulos*, L.G.D.J., 1974, p. 219.

⁴²⁸ Per questi aspetti si veda, S. GAMBINO, *Amministrazione e contratto: trasformazioni nell'organizzazione e nell'azione amministrativa in Francia*, in *Dir. econ.*, 2, 1992, p. 321 e ss.; ID., *Amministrazione e contratto: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso*, in C. AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 131 e ss..

⁴²⁹ Si tratta di quei contratti che A. de Laubadère definì «*contrats de collaboration*», mediante i quali il privato forniva, appunto, all'amministrazione prestazioni e servizi o veniva incaricato di funzioni di interesse pubblico (*concessions de service public*). Vd. A. DE LAUBADERE, *Administration et contrat*, in *Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gresseye*, Editions Bière, Bordeaux, 1968, p. 453 e ss. Si veda altresì, Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1971, p. 14 et ss.

⁴³⁰ A. de Laubadère classificò queste figure sotto il termine di «*contrats d'administration*», intendendo con tale espressione le ipotesi in cui «*l'objectif même de l'action administrative...fournit le contenu du contrat au lieu de prendre la forme d'une intervention prescriptive*», e il soggetto privato, addivenendo all'accordo, partecipava all'azione amministrativa medesima «*en tant qu'administré et non plus en tant qu'auxiliaire ou usager de l'administration*». Vd. A. DE LAUBADERE, *Administration et contrat*, op. cit., p. 453.

⁴³¹ In tal modo gli agenti economici (imprese e professionisti) potevano esprimere il proprio consenso piuttosto che subire le condizioni unilateralmente imposte dallo Stato, nello svolgimento di attività

Così, mentre l'atto amministrativo unilaterale manifestava i suoi limiti⁴³², il ricorso a forme di accordo tra l'amministrazione ed i privati diventava il principale mezzo dell'azione dello Stato.

Fu certamente il campo dell'economia e soprattutto quello dell'intervento statale nell'economia, il terreno in cui si svilupparono i primi accordi tra l'amministrazione e i privati⁴³³.

L'esempio principale è dato dalle c.d. *conventions d'incitation économique*, finalizzate ad orientare i destinatari di aiuti dello Stato verso determinati obiettivi economici. Lo stesso si dica per gli *accords de prix*, cui si fece fondamentale ricorso durante il periodo del blocco dei prezzi.

A partire dall'*ordonnance du 30 juin 1945*, l'amministrazione disponeva infatti di poteri di determinazione unilaterale dei prezzi nel mercato francese. Negli anni '60 vennero istituiti, a parziale superamento della situazione, i *contrats de stabilité* e i *contrats de programme*, con cui lo Stato concordava il livello dei prezzi con le associazioni rappresentative degli industriali, ovvero riconosceva loro la libertà di determinazione per alcuni o tutti i beni prodotti, in cambio di particolari impegni adeguati ai piani quinquennali di programmazione economica.

Anche nel campo sociale, l'amministrazione fece frequentemente ricorso agli accordi con i privati. Si pensi alle numerose convenzioni concluse, a partire dal 1971, dalle *Caisses nationales de la sécurité sociale* con le organizzazioni rappresentative della categoria dei medici e loro ausiliari⁴³⁴. Si pensi, infine, agli accordi conclusi dallo

imprenditoriali ed economiche. Emergevano, anche in Francia, quelle giustificazioni al ricorso a metodi consensuali da parte del soggetto pubblico, basate su considerazioni relative alla legittimità del potere e su una nuova concezione di un diritto accettato da tutti: «*il est plus facile pour l'administration d'administrer avec l'adhésion de l'administré que contre son gré, en le traitant comme un participant plutôt que comme un assujéti*». Cfr. A. DE LAUBADERE, *Administration et contrat*, op. cit., p. 454; L. RICHER, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, in A.J.D.A., 2003, p. 973.

⁴³² J. Rivero fu uno dei primi a mettere in evidenza con convinzione quanto stava accadendo in quegli anni: «*Même assoupli, même adapté le procédé de la décision administrative unilatérale, s'est révélé un instrument de direction économique insuffisant; sous sa forme réglementaire, il méconnaît la diversité des cas concret; sous sa forme individuelle, il est mal défendu contre l'arbitraire; sous l'un et l'autre, son caractère autoritaire implique la sanction; trop faible, elle n'arrête pas ceux qui trouvent, dans la désobéissance, un profit supérieur; trop forte, elle suppose pour être effectivement appliquée, la rigueur d'un appareil répressif auquel l'opinion répugne; l'échec et l'abandon du dirigisme autoritaire né de la guerre et maintenu à la libération sont, dans une large mesure, ceux de la décision administrative unilatérale classique, en tant que procédé exclusif d'action économique*», Cf. J. RIVERO, *Action économique de l'État et évolution administrative*, in *Rev. Eco.*, 1962, p. 890.

⁴³³ Tra chi in quegli anni si occupò del fenomeno, vd. M. VASSEUR, *Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, in *Rev. Trim. Dr. civ.*, 1964, p. 5; J. CHEVALLIER, *Les formes actuelles de l'économie concertée*, *Publ. Fac. dr. Amiens*, 71-72, n. 1; A. DE LAUBADERE, *Interventionnisme économique et contrat*, in *Rev. Fr. adm. publ.* 1979, p. 791; ID. *L'administration concertée*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, p. 407 e ss.; ID., *Administration et contrat*, op. cit., p. 453 e ss.; CH. L.VIER, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, *Thèse*, Paris, 1972. Si veda altresì, A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, Tome premier, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 19 e ss.

⁴³⁴ Cf. F. MODERNE, *La nature juridique des conventions tarifaires nationales passées entre la Caisse Nationale d'Assurance Maladie et les organisations nationales le plus représentatives des médecins*,

Stato con le organizzazioni sindacali, per ottenere un miglioramento delle condizioni di lavoro e salariali dei dipendenti pubblici⁴³⁵.

L'ambito di azione propriamente amministrativa, invece, si prestava meno bene alla pratica del metodo convenzionale, rispetto alle contrattazioni condotte con gli organi collettivi di rappresentanza nel settore economico e in quello sociale. Ciononostante anche qui potevano registrarsi le prime aperture. E' il caso del settore scolastico, dove la *loi du 31 décembre 1959*, relativa ai rapporti tra Stato ed istituti scolastici privati, disciplinava apposite tipologie negoziali (*contrat simple* e *contrat d'association*). Ancora, nel settore sanitario, la legge di riforma ospedaliera, *loi du 31 décembre 1970*, aveva previsto la possibilità per gli istituti sanitari privati di concludere *contrats de concession* oppure di stipulare *accords d'association* con il servizio sanitario pubblico⁴³⁶.

In definitiva, Il ricorso ad *accords de volontés bilatéraux*, a forme convenzionali più tenui rispetto al contratto, sembrava, in questo momento, la soluzione ottimale, da un lato all'amministrazione per orientare l'azione dei singoli in un senso conforme all'interesse pubblico, e, dall'altro, a questi ultimi per conseguire, in contropartita degli impegni assunti, vantaggi di differente sorta. Lo Stato, quindi preferendo un metodo bilaterale e convenzionale alla consueta azione unilaterale «*a cherché à en faire une sortie de style nouveau d'administration, l'administration par voie contractuelle*»⁴³⁷.

2. L'attività consensuale della P.A. in Francia: tra *contrat* e *acte unilatéral*.

Nel 1968, A. de Laubadère scriveva «*Contrats de stabilité, contrats de programme, contrats de progrès, contrats fiscaux, contrats d'exécution du Plan, établissements d'enseignement privé sous contrat, sociétés conventionnées, médecins conventionnés, etc.; la richesse des institutions actuelles du droit administratif auxquelles l'épithète «contractuel» ou «conventionnel» est ainsi volontiers accolée ne peut manquer de faire impression*»⁴³⁸.

Lo sviluppo dell'*administration contractuelle* costituì, quindi, una grande novità che richiamò immediatamente l'attenzione dei giuristi. Essi vi videro, nella più ampia prospettiva dell'azione generale dello Stato, un «*proudhonisme*» diffuso ed una

chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux, nota alla sentenza del *Conseil d'Etat* (d'ora in poi C.E.) 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*, in *D. soc.*, 1975, p. 335 e ss.

⁴³⁵ Cf. M. VOISSET, *Concertation et contractualisation dans la fonction publique*, in *A.J.D.A.* 1970, p. 388 e ss.; Y. SAINT-JOURS, *Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique*, *D. soc.*, 1975, p. 227 e ss.

⁴³⁶ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 21 ; J. WALINE - J. RIVERO, *Droit administratif*, 21 éd., 2006, Paris Dalloz, p. 378 e ss..

⁴³⁷ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 20.

⁴³⁸ A. DE LAUBADERE, *Administration et contrat*, *op. cit.*, p. 453.

rianimazione del contratto sociale⁴³⁹, l'apertura di una nuova fase della storia del diritto⁴⁴⁰, un'illustrazione di ciò che alcuni avevano definito *Etat concordataire*, ma soprattutto una testimonianza di un nuovo modo di amministrare, «*faite de négociations et d'accords conclus entre l'autorité publique et l'administration*»⁴⁴¹.

La diffusione di tutte queste fattispecie consensuali rese, com'è evidente, ancora più difficile l'individuazione di una nozione precisa e sufficientemente condivisa di *contrat administratif* e, di conseguenza, anche la riconduzione delle prime entro questa categoria.

Si era soliti perciò affermare che non tutte queste fattispecie di accordi bilaterali potessero essere qualificate come contratti veri e propri, trattandosi più spesso di «*pseudocontratti*» o di atti *a semplice apparenza contrattuale*⁴⁴².

Se dunque come in Italia, così in Francia, agli inizi del '900 l'esigenza avvertita fu quella di riconoscere uno spazio al contratto nell'ambito di un'azione amministrativa declinata, sino ad allora, secondo un paradigma unilaterale; con la comparsa, a partire dagli anni '50, di quelle nuove modalità ed occasioni di ricorso al consenso degli amministrati da parte dei soggetti pubblici, la situazione cambiò significativamente. E la dottrina per molti di quegli *accords bilatéraux de volonté* dovette interrogarsi non solo se si trattasse di *contrats administratifs* ma soprattutto ed innanzitutto se essi fossero veri e propri *contrats*.

2.1. *Contrat e convention nella scienza privatistica e nell'originaria classificazione di L. Duguit.*

Era, perciò, innanzitutto la definizione stessa di *contrat* ad essere controversa tra i pubblicisti francesi. Ed infatti, benché essa ne possedesse una sufficientemente chiara nel *Code civil*⁴⁴³, e per il suo tramite nella scienza privatistica⁴⁴⁴, gli studiosi di diritto pubblico in Francia conobbero maggiori difficoltà nel riconoscerla.

⁴³⁹Cfr. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 2010, 7^o édit., p. 48 e ss. Si veda altresì, V. COSTANTINESCO, *Proudhon lecteur de Rousseau: le contrat social en question*, *Mél. Guibal*, op. cit., t. II. P. 417 e ss.; M. MAILLE, *La sainteté du contrat. La laïcité de J.J. Rousseau*, *Mél. Guibal*, op. cit., t. II, p. 437 et ss.

⁴⁴⁰ Alla fine del XIX secolo, il giurista e sociologo inglese Henri Maine aveva sviluppato la teoria, conosciuta in Francia con l'espressione «*loi de Maine*», secondo la quale storicamente il contratto è chiamato a succedere alla legge, il diritto volontario a sostituire il diritto imposto. Cfr. A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P.DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 20, nota 8.

⁴⁴¹ A. DE LAUBADERE, *Administration et contrat*, op. cit., p. 454.

⁴⁴² «*On admet très généralement aujourd'hui que toutes ces variétés d'accords bilatéraux ne correspondent pas toujours à d'authentiques contrats mais que certains d'entre eux ne sont que des pseudo-contrats, des actes de simple apparence contractuelle*». Cfr. A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P.DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 22.

⁴⁴³ Code civ., art. 1101: «*Le contrat est une convention par la quelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*».

⁴⁴⁴ C. AUBRY, C. RAU, *Droit civil français*, tome IV, 6 éd. Par Bartin, 1942; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, *Obligations*, 1952; tomes X, 1956 et XI, 1954, *Principaux contrats*; G. RIPERT, J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, tome II *Obligations et droits réels*,

La dottrina privatistica riteneva che il contratto fosse «*une convention génératrice d'obligations*»⁴⁴⁵, ovvero sia un «*accord de volonté destiné à créer des obligations*»⁴⁴⁶.

In linea teorica, la *convention* non coincideva con quella di contratto, sussistendo tra le due figure un rapporto di genere a specie. La *convention*, figura più ampia, era infatti suscettibile di inglobare qualsiasi *accord de volonté* che non fosse anche fonte di obbligazioni, ciò che costituiva il *proprium* del contratto⁴⁴⁷.

Tuttavia, per i civilisti questa distinzione aveva un interesse di natura esclusivamente terminologica, tant'è che nella pratica essi utilizzavano i termini *contrat* e *convention* alternativamente, come sinonimi, «*car les règles générales dégagées pour les contrats valent aussi pour les conventions*»⁴⁴⁸.

Diverso fu l'approccio usato dai pubblicisti francesi.

La maggior parte della dottrina, in effetti, accogliendo una nozione assai restrittiva di contratto, rifiutò costantemente l'idea secondo la quale esso potesse essere assimilato alla convenzione.

In particolare, questa posizione può essere attribuita anzitutto a quanti accettarono la definizione che di *contrat* diede L. Duguit, e che trovava posto nella sua teoria sugli atti giuridici⁴⁴⁹.

Il fondatore della scuola di Bordeaux propose una definizione di portata generale, applicabile sia al diritto amministrativo che a quello civile, ma pur sempre più ristretta rispetto a quella che ne diedero i civilisti.

Il *contrat*, per Duguit, era «*l'accord intervenant entre deux personnes et ayant pour objet de faire naître une obligation à la charge de l'une qui devient débitrice au profit de l'autre qui devient créancière*»⁴⁵⁰.

Il fondamento della fattispecie stava quindi, secondo il modello romano della *stipulatio*, nella creazione di un rapporto di debito-credito tra i contraenti. Ne conseguiva che si poteva dare *convention* senza che vi fosse *contrat* e che, all'opposto, non vi poteva

1957; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Traité de droit civil*, tome II, 1 vol., *Les obligations*, 1962; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *Droit civile, les obligations*, vol. 1, Coll. U, 1975; J. GHESTIN, *Droit civile, les obligations*, 1980; J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome II, 1 vol., 6 éd. par F. CHABAS, 1978 ; tome 3, *Principaux contrats*, 5 éd. 1980; A. WEIL, F. TERRE, *Droit civil, les obligations*, 3 éd., 1980 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. IV, 12 éd., Paris, PUF, 1985.

⁴⁴⁵ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Traité de droit civil*, tome II, 1 vol., *Les obligations*, n° 25-26. Questa concezione si ritrova in tutte le opere dei principali civilisti francesi indicati nella nota precedente.

⁴⁴⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁴⁷ Il contratto è «*une espèce particulière de convention*», caratterizzata dall'«*effet générateur d'obligation*» Cfr. G. MARTY, P. RAYNAUD, *Traité de droit civil*, *op. loc. cit.*.

⁴⁴⁸ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Traité de droit civil*, *op. loc. cit.*

⁴⁴⁹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, 3 éd., Ancienne Librairie Fontemoign & C. Éditeurs, Paris, 1927, p. 380 e ss..

⁴⁵⁰ *Ivi*, p. 384. Secondo Duguit, la concezione moderna del contratto coincideva ancora con quella della tradizione romanistica, basata sul modello della *stipulatio*, «*sorte de moule dans lequel pouvait être enfermé tout contrat*», nel quale le due volontà hanno «*l'une et l'autre des objets différents et déterminées par des buts différents*» (p. 380-381).

essere contratto che quando la convenzione generasse delle situazioni soggettive di creditore e debitore⁴⁵¹.

Tuttavia, non è possibile comprendere a pieno queste definizioni, se non collocandole nella doppia classificazione, materiale e formale, che Duguit fece degli atti giuridici.

Quanto alla prima, egli distingueva, a seconda dell'oggetto, tra *actes-règles*, *actes subjectifs* e *actes-condition*.

Gli *actes-règles* erano quegli atti che formulavano regole di diritto, situazioni giuridiche oggettive, generali ed impersonali. In questa prima categoria venivano fatti rientrare la legge, i regolamenti, ma anche i contratti collettivi di lavoro, ed infine i contratti istitutivi di associazioni o di società di diritto privato o commerciale.

Gli *actes subjectifs*, invece, erano volti a creare, modificare o estinguere situazioni giuridiche individuali e soggettive di debito o di credito.

Infine, gli *actes-condition* erano finalizzati ad attribuire individualmente ad un soggetto una situazione giuridica generale ed impersonale, o, altrimenti detto, secondo l'espressione francese, "*un statut légal ou réglementaire*". Vi si riconducevano la nomina del dipendente pubblico e l'atto di matrimonio.

Ricorrendo invece ad un criterio formale, Duguit distingueva ulteriormente tra *actes unilatéraux* e *actes plurilatéraux*, a seconda che l'atto provenisse da un solo soggetto o che in esso convergessero le dichiarazioni di volontà di più soggetti.

Costituivano atti plurilaterali l'*acte collectif*, l'*union* e il *contrat*. Soltanto questi ultimi due appartenevano alla medesima categoria degli *actes conventionnels*.

Ed in effetti, mentre l'*acte collectif* non poteva essere una convenzione, in quanto costituito da «*une pluralité de déclarations unilatérales de volonté concourantes*»⁴⁵² et «*concordantes*», «*déterminées par le même but et...le même objet*»⁴⁵³; l'*union* e il *contrat* costituivano più propriamente un accordo, e non una mera sommatoria di volontà, in quanto in essi le manifestazioni volitive delle parti si opponevano e si condizionavano reciprocamente, quanto al fine da conseguire.

Entro poi la comune matrice convenzionale, l'*union* si diversificava dal contratto, perché essa non dava luogo ad un rapporto obbligatorio tra debitore e creditore, ma istituiva una situazione giuridica oggettiva, a carattere normativo⁴⁵⁴. Perciò, anche se «*l'extérieur de l'acte est contractuel; le fond ne l'est pas*»⁴⁵⁵: l'*union* era sì, dunque, una *convention* ma una «*convention-loi*». Vi sarebbero rientrate la concessione di servizio pubblico e la nomina del funzionario nel diritto pubblico, il matrimonio e i contratti collettivi di lavoro nel diritto privato, i trattati nel diritto internazionale.

⁴⁵¹ *Ivi*, p. 384-385.

⁴⁵² *Ivi*, p. 400.

⁴⁵³ *Ivi*, p. 402.

⁴⁵⁴ «...on ne voit point apparaître une situation juridique subjective, un rapport particulier et momentané de créancier et de débiteur; on aperçoit au contraire la naissance d'une règle permanente ou bien d'une situation juridique objective, d'un état (status)». *Ivi*, p. 409.

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

Per concludere, si può dire dunque che per Duguit il *contrat* era sicuramente una *convention* ma altresì, ed in ciò differenziandosi dall'*union*, un *acte subjectif*.

Riemergono nelle classificazioni qui riportate i caratteri e gli estremi delle categorie, elaborate dalla dottrina tedesca, già viste a proposito delle ricostruzioni italiane sull'accordo normativo, l'atto complesso, l'atto collettivo e gli atti amministrativi bilaterali⁴⁵⁶.

Del resto, anche Duguit si ispirò ampiamente, nel comporre la triplice distinzione tra *acte collectif*, *union* e *contrat*, alle teorizzazioni compiute in Germania alla fine del XIX secolo⁴⁵⁷. Ed infatti, con il termine di *acte collectif* egli aveva tradotto letteralmente l'espressione di *Gesamtakt*, con la quale Gierke⁴⁵⁸ intendeva l'atto nascente da due o più dichiarazioni di volontà, che restano parallele le une alle altre. Viceversa, l'*union* costituiva la trasposizione in francese della *Vereinbarung* di Binding, poi diversamente interpretata da Jellinek e da Triepel, ed in cui le dichiarazioni di volontà si condizionano reciprocamente, ma dando vita ad una regola oggettiva ed impersonale.

Può qui dirsi che nella dogmatica italiana, fu la fattispecie della *Vereinbarung*, come elaborata in particolare da Jellinek e Triepel a condizionare gli studiosi d'inizio '900, più interessati ad accogliere, soprattutto a partire dagli anni '30, la fisionomia dell'*öffentlicher Vertrag*.

Diversamente, già si manifestava nelle elaborazioni di Duguit quella distinzione, che diverrà vera e propria spaccatura⁴⁵⁹, tra il concetto di *contrat* e quello di *Vertrag*, allorché egli notava come la fattispecie negoziale creatrice di rapporti di debito-credito (*acte subjectif*) venisse identificata dal codice civile tedesco con la diversa espressione di *Einigung*⁴⁶⁰.

2.2. ...e nella dottrina pubblicistica successiva.

La teoria di Duguit provocò le immediate reazioni sia dei civilisti, in ragione dei pretesi scarsi risvolti pratici delle nuove costruzioni⁴⁶¹, sia del *Conseil d'Etat*, che non

⁴⁵⁶ Si vedano in particolare, i §§ 2 e 2.1., Cap. I, Parte I, del presente lavoro.

⁴⁵⁷ Cfr. su questo punto, A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 25; S. FLOGAÏTIS, *Contrat et acte administratif unilatéral*, in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 231 et ss.

⁴⁵⁸ O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887.

⁴⁵⁹ Sulla distanza che separa il *contrat administratif* francese dall'*öffentlicher Vertrag*, si veda B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, op. cit., p. 130-131.

⁴⁶⁰ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 382.

⁴⁶¹ «*Il y a bien, à vrai dire, quelque danger en ces raffinements de représentation et de pensée, qui, sous prétexte de disséquer jusqu'au bout le jeu subtil et complexe des facultés humaines, aboutissent souvent à dénaturer un processus, en quelque mesure, indécomposable*» Cfr. F. GENY, «*Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit*», *RTD civ.* 1922, p. 801; J. CARBONIER, *Droit civil, IV Les obligations*, op. cit., p. 38; S. FLOGAÏTIS, *Contrat et acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 132.

riconobbe mai né il suo valore dottrinale né la sua pratica utilità⁴⁶².

Al contrario, il suo insegnamento originò una viva discussione tra i pubblicisti francesi, soprattutto per ciò che concerneva il rapporto tra *acte unilatéral* e *acte plurilatéral*, tra *convention* e *contrat*⁴⁶³.

Tra questi, soltanto M. Waline preferì la concezione di contratto proposta dai civilisti⁴⁶⁴.

Al contrario, il pensiero di Duguit fu seguito da L. Rollard⁴⁶⁵, P. Duez et G. Debeyre⁴⁶⁶, mentre G. Jèze⁴⁶⁷ e R. Bonnard⁴⁶⁸ apportarono alcune modifiche, che non ne alterarono comunque gli elementi fondamentali.

G. Jèze, in particolare, distinse gli atti giuridici in *actes législatifs* o *réglementaires*, *actes juridictionnels*, *actes-condition* e *actes créateurs de situations juridiques individuelles*.

Questi ultimi, a loro volta, si dividevano in *actes unilatéraux* e *actes contractuels*⁴⁶⁹.

Jèze precisava anzitutto come tutti gli atti giuridici (legge, regolamento, contratto, atto unilaterale, etc.) fossero sempre delle manifestazioni di volontà di un soggetto pubblico, costituenti l'esercizio di un potere legale.

Quanto al contratto, atto creatore di situazioni giuridiche individuali, esso si differenziava dall'atto unilaterale unicamente per la forma e per il numero dei suoi autori⁴⁷⁰.

Così, nell'*acte contractuel*, l'effetto giuridico era prodotto dalle dichiarazioni di

⁴⁶² A questo proposito possono qui riportarsi le parole che Duguit utilizzò per commentare le conclusioni cui era pervenuto il *Commissaire du gouvernement* Corneille in relazione alla figura dell'«*acte d'engagement militaire*»: «M. Corneille, commissaire du gouvernement, disait très justement: "Ce engagement [...] est tout autre chose qu'un contrat synallagmatique entre l'homme et l'Etat [...]; c'est le statut légal des appelés qui va s'appliquer à l'engagé; sa situation juridique va se trouver désormais réglementaire et non contractuelle". M. Corneille aurait dû dire: il y a *Vereinbarung* mais pas contrat; il y a une situation de droit objectif et non une situation subjective. Mais ces expressions auraient certainement quelque peu troublé les conseillers d'Eta.» Cfr. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 129.

⁴⁶³ Per una ricostruzione del dibattito, vd. A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 24 et ss.

⁴⁶⁴ J. WALINE, *De la situation juridique de l'usager d'un service public*, in *Rev. critique de législ. et de jurispr.*, 1933, p. 237: «Duguit et M. Jèze se font du contrat une conception arbitraire qui n'a jamais été celle d'aucun civiliste ... Il faut aller jusqu'à dire qu'il y a encore contrat...si, sans pouvoir fixer elles-mêmes aucune partie du contenu du contrat, des obligations qui en découleront, elles (les parties) gardent au moins la liberté de décider, si elles s'obligent à exécuter ce contenu, ces obligations».

⁴⁶⁵ L. ROLLARD, *Précis de droit administratif*, 10 éd., Paris, Dalloz, 1951.

⁴⁶⁶ P. DUEZ, G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952.

⁴⁶⁷ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3 éd. 1925, I, op. cit., p. 25 et ss. Dello stesso autore si veda altresì, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 vol., Paris, Giard, 1927-1934

⁴⁶⁸ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, 4 éd., Sirey, Paris, 1943, p. 30 et ss.

⁴⁶⁹ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, Dalloz, 3 éd., (1926), IV (1934), V e VI (1936), p. 25.

⁴⁷⁰ *Ivi*, p. 40: «Il faut affirmer l'identité de nature juridique des actes unilatéraux et des actes contractuels. La seule différence est une différence de forme: dans l'acte unilatéral, l'effet juridique voulu est produit par une manifestation unilatérale de volonté; dans l'acte contractuel, il y a des manifestations de volonté qui se conditionnent l'une l'autre».

volontà, reciprocamente integrantisi, di due o più individui, che perseguono effetti e finalità diverse⁴⁷¹.

Del resto, come Duguit aveva già segnalato a proposito degli atti plurilaterali, anche se ogni contratto è un accordo di volontà (o convenzione), non ogni accordo di volontà (o convenzione) è un contratto. Non poteva pertanto aversi contratto che «*lorsque l'effet juridique voulu est la création de situations juridiques individuelles...[et]...lorsque les volontés concordantes émanent d'individus voulant chacun produire des effets juridiques propres et distinctes*»⁴⁷².

A medesime constatazioni giungevano anche L. Rollard, P. Duez et G. Debeyre, che salutarono con favore le ricostruzioni offerte da Duguit, Jéze e Bonnard.

Atto plurilaterale e contratto appartenevano sì al medesimo genere, ma non poteva aversi contratto che quando le due o più dichiarazioni di volontà tendevano a conseguire interessi contrapposti⁴⁷³. Risultava perciò fondamentale per una corretta analisi giuridica del fenomeno, affermare, ancora una volta, che se ogni contratto presupponeva un accordo di volontà, diremmo noi un incrocio tra dichiarazioni di volontà, non necessariamente ogni accordo di volontà era per ciò stesso un contratto. Perché esso potesse configurarsi occorreva un elemento ulteriore: «*la divergence d'objet et de but pour les parties à l'acte*»⁴⁷⁴.

Come si nota, la radice tedesca, comune, in questa fase, tanto alle costruzioni italiane che a quelle francesi, riemerge. Sia le prime che le seconde convergono nel ritenere contratto solo quell'atto in cui le volontà pur integrandosi e convergendo, perseguono finalità contrapposte, finalità, del resto, significativamente ravvisate da Duguit in un rapporto obbligatorio di debito-credito.

Gli stessi Forti, De Valles e Miele avevano aperto, rispettivamente, con le concessioni bilaterali, gli atti composti e gli atti contrattuali alla possibilità che interessi contrapposti potessero incrociarsi dando luogo ad una fattispecie contrattuale, in aperta polemica con tutta quell'altra dottrina che proprio sulla divergenza tra interessi, accompagnata dalla diversa natura giuridica dei soggetti, argomentava per escludere il contratto e mantenere saldo l'atto unilaterale. Nonostante, quindi, il sistema italiano e quello francese giungeranno progressivamente a posizioni contrapposte circa l'esistenza di un contratto (o altro modulo negoziale) *nel* diritto pubblico nel quale dedurre l'esercizio del potere, al momento non può che registrarsi una forte assonanza nelle soluzioni approntate.

⁴⁷¹ «*L'effet juridique est produit par les manifestations de volonté de deux individus ou de plusieurs individus voulant des effets juridiques différents, ces volontés étant déterminées l'une par l'autre*», *ibidem*.

⁴⁷² *Ivi*, p. 42. A differenza di Jéze, M. Hauriou costruì una nozione di contratto originale, benché, in ultima analisi, anch'essa convergesse su una definizione restrittiva della fattispecie, sia rispetto a quella già elaborata dai civilisti che rispetto alla figura più ampia della convenzione. Cfr. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e ed., 1916, Sirey, Paris, p. 136 e ss.

⁴⁷³ L. ROLLARD, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, n° 62.

⁴⁷⁴ P. DUEZ, G. DEBEYRE, *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, p. 191.

2.3. La polemica di C. Eisenmann e dei suoi discepoli sulla distinzione tra *acte unilatéral* e *acte plurilatéral*.

Fino alla prima metà del secolo scorso non fu quindi mai posta in seria discussione l'idea secondo la quale è atto unilaterale quello che proviene da un solo autore, mentre è atto plurilaterale, quello in cui convergono le volontà di più soggetti.

Proprio quest'impostazione venne criticata, a partire dal 1950, da C. Eisenmann⁴⁷⁵ e successivamente da G. Dupuis⁴⁷⁶, P. Ferrari⁴⁷⁷, G. Isaac⁴⁷⁸, M. Hequard-Théron⁴⁷⁹ e M. Rousset⁴⁸⁰.

Ad un criterio meramente quantitativo essi sostituirono uno di tipo qualitativo, basando la distinzione tra l'atto unilaterale e quello plurilaterale sulla diversa condizione del destinatario dell'atto.

Si avrebbe, perciò, secondo questi autori, atto unilaterale o plurilaterale a seconda che il privato sia soggetto alle "norme" da quello scaturenti, per imposizione dell'autorità amministrativa ovvero per suo consenso. E quindi atto plurilaterale vi sarebbe solo quando il privato esprime una dichiarazione di volontà che va nel senso dell'accettazione degli effetti dell'atto medesimo.

Nel suo *Cours de droit administratif*, C. Eisenmann definì «normes» le regole di condotta degli individui, prodotte da una pluralità di atti dell'ordinamento giuridico, che rivelerebbero in tal modo la medesima essenza. Sotto questa comune radice, poi, il contratto, insieme alle sentenze, alle decisioni amministrative, al testamento e ad altri atti di diritto privato determinerebbero regole di tipo individuale, che si contrappongono a quelle di natura generale, previste dalle leggi e dai regolamenti.

Tra gli atti giuridici creatori di norme individuali (*actes d'édition de normes individuelles*), Eisenmann individuava gli *actes unilatéraux* e gli *actes bilatéraux* o *actes conventionnels*. Quanto ai primi, in essi vi sarebbero rientrati i decreti, le istruzioni e gli ordini.

Relativamente ai secondi, egli procedette ad una costruzione per cui due atti disgiunti, *l'instrumentum* dell'amministrazione e *le consentement* dell'amministrato, originavano, per effetto della loro convergenza, una figura convenzionale, qui definita col termine di *negotium*.

Se infatti è nell'atto dell'autorità che sono contenute le regole del rapporto, cionondimeno esse avrebbero potuto produrre effetti solo in conseguenza del consenso

⁴⁷⁵ Cfr. C. EISENMAN, *Cours de droit administratif*, Tome II, L.J.D.G., Paris, 1982, p. 210 e ss. La teoria che qui sommariamente si descriverà, venne elaborata dall'autore nel corso delle sue lezioni universitarie durante gli anni 1949-1959, successivamente trasfuse nell'opera del 1982.

⁴⁷⁶ G. DUPUIS, *Les principes de l'administration*, Thèse, Paris, 1962; ID., *Définition de l'acte unilatéral*, in *Mél. Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 205 e ss.

⁴⁷⁷ P. FERRARI, *Essai sur la notion de co-auteur d'un acte unilatéral en droit administratif français* in *Mél. Charles Eisenmann*, op. cit. p. 215 e ss..

⁴⁷⁸ G. ISAAC, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGOJ. 1968.

⁴⁷⁹ M. HACQUARD-THERON, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J. 1977, p. 18 e ss.

⁴⁸⁰ M. ROUSSET, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, Dalloz, 1960.

prestato dal privato, che, accedendo all'atto dell'autorità, determinava il venire in essere del negozio.

Il primo e più importante corollario che parve desumersi dall'applicazione del nuovo criterio elaborato da Eisenmann, soprattutto nelle conseguenze che ne ricavarono i suoi discepoli, fu la coincidenza tra l'atto plurilaterale ed il contratto⁴⁸¹, sì che l'uno sembrava risolversi nell'altro, con esclusione di qualsiasi altra figura. Tant'è che questi autori spesso utilizzarono i due termini come sinonimi⁴⁸². Nel suo studio, *Définition de l'acte unilatéral*, G. Dupuis finiva col contrapporre il contratto all'atto unilaterale, senza alcuna intermediazione di una più generale categoria dell'atto plurilaterale.

Come si vedrà queste conclusioni, soprattutto per il periodo in cui vennero elaborate, avrebbero potuto determinare importanti ricadute pratiche e teoriche nella configurazione di alcune fattispecie, nelle quali non si poteva prescindere dal consenso del privato. Nondimeno, se pure il criterio qualitativo si sarebbe prestato a meglio definire il carattere 'unilaterale' degli atti amministrativi, riservandolo ai soli casi in cui questi provenivano unicamente dal soggetto pubblico, senza alcuna intermediazione della volizione del privato, esso fu oggetto di critiche, proprio in quanto finiva col delineare una nozione troppo ampia e generalizzata di contratto.

Seguendo il criterio qualitativo avrebbe per esempio avuto natura contrattuale la stessa posizione giuridica del funzionario pubblico, per il semplice fatto che egli, di certo, non assume tale qualità contro la sua volontà o suo malgrado. Il criterio qualitativo così definito finì, tuttavia, almeno nella ricostruzione di quest'ultima fattispecie, col risultare recessivo, e ciò non solo per effetto delle critiche della dottrina successiva⁴⁸³, ma anche perché esso non ebbe seguito nella stessa giurisprudenza, ancorata su posizioni prevalentemente autoritative ed unilateraliste.

⁴⁸¹ Cfr. G. DUPUIS, J. DUPUIS, J.Y. VINCENT, *Acte administratif*, in *Juriscl. Adm.*, fasc.107, n°2. «*La véritable différence entre l'acte plurilatéral et l'acte unilatéral réside en ce que les normes plurilatérales règlent la conduite de sujets qui ont donné leur consentement à l'acte tandis que les normes unilatérales s'imposent à leur sujets indépendamment de tout consentement de ces derniers; ...dans le premiers cas la norme naît du consentement de ses sujets, qui se trouvent du même coup être auteurs; dans le second cas, la norme naît de la volonté de ses auteurs sans que soit acquis le consentement de ses sujets. Bref, la qualification repose sur un fondement qualitatif, la position réciproque des auteurs de l'acte et des sujets des normes édictées: confondus dans le cas de l'acte plurilatéral, il sont différents dans le cas de l'acte unilatéral*».

⁴⁸² Vd. G. DUPUIS, *Définition de l'acte unilatéral*, in *Mél. Ch. Eisenmann*, op. cit., p. 205 e ss..

⁴⁸³ Cfr. R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, p. 559, secondo cui «*on ne peut évidemment parler de contrat ou de situation contractuelle que s'il y a un accord de volontés et non point une situation résultant d'un acte unilatéral pris par une autorité administrative et accepté ou subi par les administrés*». Si veda altresì A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P.DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 57, che nel commentare la teoria di Eisenmann, parlano di un'«*extension abusive de la notion de contrat, sous le couvert de la norme acceptée ou consentie. Toute situation créée avec l'acceptation de son destinataire – ou même sollicitée par lui – ne nous semble pas pouvoir être regardée, de ce seul fait, comme contractuelle*». Tuttavia, questi autori, lungi dall'attestarsi su posizioni unilateraliste, conducevano la propria critica in funzione dell'affermazione di una fattispecie propriamente convenzionale, che fosse a metà tra il provvedimento ed il contratto.

2.4. *L'accord donné à un acte unilatéral nelle elaborazioni del Conseil d'Etat: l'accord comme condition e l'accord comme aménagement procédural d'un acte unilatéral.*

Ed, infatti, poste all'attenzione del *Conseil d'Etat* tutte quelle fattispecie, a carattere complesso, in cui l'atto dell'amministrazione si incontrava con un atto di volizione del privato⁴⁸⁴, ne emerse un'impostazione a carattere esclusivamente unilaterale ed una visione escludente, nella maniera più assoluta ed intransigente, il contratto⁴⁸⁵.

In tali ipotesi, la questione dogmatica verteva sul se si dovesse considerare il consenso prestato dal destinatario di un atto amministrativo alla stregua di una dichiarazione di volontà volta a perfezionare un contratto, oppure come una mera adesione all'atto medesimo. Né del resto la questione cambiava a seconda del momento in cui il privato avesse manifestato la propria dichiarazione, se, cioè, questi, assumendo l'iniziativa, avesse inteso provocare la decisione dell'amministrazione, ovvero si fosse pronunciato successivamente ad essa, e quindi in funzione di acquiescenza all'atto.

Doveva perciò parlarsi di proposta e di accettazione del privato, e quindi di atti tesi alla conclusione di un contratto, oppure pur sempre di una decisione unilaterale sollecitata o accettata dal privato stesso?

E' evidente che sotto questo interrogativo si rivelano e si contrappongono anche le teorizzazioni compiute da un lato dalla dottrina classica⁴⁸⁶ e dall'altro da coloro che accolsero le nuove costruzioni di Eisenmann, per i quali era inevitabile ravvisare la natura plurilaterale, *ergo* contrattuale del rapporto.

La risposta che fornì il *Conseil d'Etat* fu che la sollecitazione o l'accettazione del provvedimento amministrativo da parte del privato non configurassero un contratto e

⁴⁸⁴ Tale complessità, invero, emergeva anche in altre ipotesi, che al momento interessano meno la nostra analisi. Si trattava dei casi, c.d. di *actes d'accompagnement du contrat* o *actes détachables du contrat*, in cui il contratto stipulato tra amministrazione e privato, era preceduto o seguito da un atto unilaterale, rispettivamente, in funzione di abilitazione o autorizzazione dell'amministrazione alla stipula, ovvero in funzione di omologazione, ratifica o approvazione del contratto medesimo. La costruzione duale, in tal caso, rispondeva ad esigenze di carattere processuale a tutela dei terzi, ai quali, in tal modo, veniva garantita la possibilità di proporre ricorso. Per una ricognizione storica dell'evoluzione dell'*acte détachable du contrat*, vd. G. DARCY, *Variations sur l'acte détachable du contrat*, in *Mél. Guibal*, t. I, *op.cit.*, p. 503 e ss. Si veda altresì, H. CHARLES, *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français: contribution à une théorie de l'opération administrative*, Paris, L.G.D.J., 1968; B.-F. MACERA, *Les actes détachables dans le droit public français*, PU Limoges, 2002; L. MARCUS, A. PERRIN, *Annulation de l'acte détachables et distinction des contentieux*, in *Dr. Admin.*, 2006, chron. 1; B. PACTEAU, *Quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité et l'exécution du contrat auquel cet acte se rapporte ?*, in *CJEG*, 1991, p. 115 e ss..

⁴⁸⁵ Per una ricostruzione della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, vd. A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P.DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs, op. cit.*, p. 63 e ss.

⁴⁸⁶ Si vedano, per tutti, le affermazioni di G. JEZE, *Principes généraux*, III, *op. cit.*, p. 486: «il y a une différence marquée entre un acte unilatéral provoqué ou accepté et un accord de volontés; dans un premier cas (nomination de fonctionnaire public, engagement volontaire militaire, offre de concours, concessions d'occupation du domaine public, affectations de dépendances du domaine public, concessions de mines, concessions de terres dans le colonies) la nature unilatérale de l'acte reste très largement prédominante».

neppure un atto bilaterale, e ciò anche nei casi in cui da quello derivassero delle obbligazioni in capo al destinatario dell'atto stesso.

La giurisprudenza riconobbe, in effetti, l'esistenza, in via generale, dei c.d. *actes unilatéraux pris «avec l'accord» du destinataire* (o «*en accord» avec lui*). Essa ammetteva, cioè, che un atto unilaterale sollecitato o accettato dal privato non realizzasse per ciò solo un contratto⁴⁸⁷, e spiegava, quindi, diversamente la vicenda ricorrendo ora all'istituto della *condition* ora alla costruzione de *l'accord comme aménagement procédural* dell'atto amministrativo.

La prima forma giuridica che poteva rivestire *l'accord donné à un acte unilatéral* era quindi quella dell'*accord condition de l'acte unilatéral*.

Il consenso del privato poteva sia figurare come semplice accettazione, sia come assunzione di un impegno (*engagement*) con accettazione implicita del provvedimento. La condizione, riferita al consenso dato all'atto dal privato, poteva perciò essere, a seconda dei casi, *suspensive* o *résolutoire*. Il provvedimento, nel primo caso, non avrebbe prodotto effetti fintantoché non fosse sopraggiunta l'accettazione del singolo; nel secondo, avrebbe cessato di produrli in caso di suo inadempimento.

Né nella prima, né nella seconda ipotesi si dà luogo ad un contratto, ma semplicemente a un *accord donné à un acte administratif unilatéral conditionnel*.

Venivano ricondotti a questa classificazione i casi, numerosissimi, in cui l'amministrazione riconosceva alcuni vantaggi fiscali a fronte dell'assunzione di determinati impegni da parte del privato. Tali fattispecie venivano pur sempre concepite come decisioni unilaterali cui accedeva il consenso del beneficiario-onorato e caratterizzate dalla presenza di una condizione risolutiva – l'eventuale inadempimento – che avrebbe dato luogo a cessazione degli effetti dell'atto amministrativo⁴⁸⁸.

E' questo, ancora, il caso dell'impegno degli studenti di alcune scuole pubbliche a prestare il proprio servizio presso un ente pubblico in cambio di una certa remunerazione, salva, però, la riserva (condizione) di dover restituire quanto percepito, nel caso in cui essi si fossero sottratti alle prestazioni lavorative⁴⁸⁹.

Del resto, come già anticipato, la stessa nomina del dipendente pubblico veniva inquadrata nella categoria in questione: l'atto di nomina necessitava dell'accettazione da

⁴⁸⁷ C.E. 2 janvier 1959, *Lecomte*, a proposito dell'assegnazione ad un funzionario pubblico di un alloggio di servizio.

⁴⁸⁸ Cfr. C.E. 10 mars 1967, *Ministre de l'Economie c. Société Samat et Cie*, in A.J.D.A. 1967. 280. Nelle conclusioni del *Commissaire Galmot* si legge: «*L'agrément obtenu par la Société Salmat se trouvait implicitement mais nécessairement soumis à la condition résolutoire que les logements construits seraient utilisés conformément à leur destination.*»

⁴⁸⁹ C.E. 10 décembre 1975, *Lorizon*, secondo cui la fonte dell'impegno degli studenti si fonderebbe su una «*situation réglementaire*», mentre non costituirebbe il contenuto di un contratto; C.E. 30 mars 1981, *Dame Frioucourt*, che, a proposito dell'impegno degli allievi dell'E.N.A a prestare servizio a favore di un'amministrazione statale per un periodo di almeno due anni, stabilì che il funzionario non vi sarebbe tenuto se non nei casi in cui avesse effettivamente sottoscritto l'impegno. Nello stesso senso anche C.E. 21 novembre 1979, *Sanlias*. Sul punto si veda, B. CHANTENOUT, *L'engagement de rester au service de l'Etat*, AJDA, 1968, 140.

parte del funzionario e la sua mancanza, dal punto di vista formale, andava a costituire esattamente il contenuto della condizione risolutiva dell'atto unilaterale di nomina⁴⁹⁰.

In realtà queste ricostruzioni, prestandosi talvolta a finzioni giuridiche, nelle quali, in fondo, si ripetevano le soluzioni cui era già pervenuta, in un passato seppur ancora recente, la prima scienza amministrativa tedesca e quindi quella italiana, non sempre convinsero la dottrina francese, che si dimostrò talvolta propensa a ravvisarvi dei veri e propri «*accords de volonté bilatéraux, qui ne seraient pas toujours des contrats*»⁴⁹¹.

Lo stesso Bonnard riconosceva che «*cette dissimulation de l'accord de volonté est souvent pratiquée en droit administratif*», precisando, quindi, che laddove nella teoria si parlava di atto unilaterale sottoposto a condizione sospensiva o risolutiva, nella pratica altro non vi era che un *accord de volonté*⁴⁹².

Ma anche la seconda costruzione offerta dalla giurisprudenza non si sottraeva a questa forma di dissimulazione: *l'accord comme aménagement procédural d'un acte unilatéral*⁴⁹³.

Secondo la giurisprudenza del Conseil d'Etat *l'accord donné à un acte unilatéral* poteva ricorrere non solo nelle ipotesi in cui il consenso del privato veniva prestato a fronte di un atto unilaterale già formato dall'amministrazione, ma anche nei casi in cui la sua dichiarazione di volontà veniva assorbita, o secondo l'espressione usata dai giudici, «incorporata» dall'atto dell'amministrazione, che, ciononostante, manteneva la propria connotazione unilaterale.

Questa teoria, detta *de l'incorporation*, collocava il meccanismo giuridico de *l'accord donné à un acte unilatéral* nell'ambito del procedimento amministrativo.

⁴⁹⁰ C.E. 22 décembre 1924, *Castelli*; C.E. 20 février, *Brandsetter*. In dottrina, vd. R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 451; ID. *La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français*, in *Rev. droit publ.* 1930, p. 1 e ss.; P. DUEZ, G. DEBEYRE, op. cit., *Traité de droit administratif*, p. 652; L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1951, p. 76; G. JEZE, *Principes généraux*, II, op. cit., p. 428.

⁴⁹¹ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 61. Così anche J. Rivero, il quale si domandava se non si fosse ormai in presenza di una nuova categoria di atti dell'amministrazione. Cfr. J. RIVERO, *Droit administratif*, 9 éd., Paris, Dalloz, 1980, p. 92: «*La politique dite d'administration contractuelle fait apparaître...des actes qui, bien qu'ils enregistrent un accord, ne présentent pas les caractères juridiques du contrat. On peut se demander s'il ne s'agit pas là d'une catégorie nouvelle d'actes administratifs*». Si veda, più di recente, anche Y. GAUDAMET, *Droit administratif général*, t. I, in Y. GAUDAMET, A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, 16^e éd., L.G.D.G., Paris, 2007, p. 669, ove si esclude la natura propriamente contrattuale degli *accords relatifs à l'interventionnisme économique*: «*ces accords, que l'on appelle généralement «contrats économiques», ne paraissent du reste pas constituer toujours des véritables contrats*».

⁴⁹² R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 34, nota 1.

⁴⁹³ Questa seconda soluzione giurisprudenziale riscuoteva, invece, il consenso di M. Hauriou. Cfr. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e ed., 1916, p. 136 e ss.: «*il y a là les-dedans des phénomènes de consentements, puisque ces actes successifs sont des décisions ; mais il n'y a pas fusion subjective des consentements, puisque chacune des décisions ne rencontre les précédentes pour y adhérer que lorsqu'elles ne sont plus à l'état d'acte, mais à l'état de faire ; elles ne contiennent plus de volonté en fusion mais de la volonté solidifiée parce qu'elle est réalisée. Il n'y a pas concours de consentements à un même acte subjectif, mais il y a incorporations des consentements nouveaux aux anciennes, par accession à la même procédure qui est un acte juridique objectif*».

Era proprio durante l'*iter* procedimentale che l'amministrazione acquisiva il consenso del soggetto privato, che, trasfuso nell'atto amministrativo unilaterale conclusivo del procedimento, non emergeva né appariva al di fuori di esso.

A tale spiegazione, escludente pur sempre il contratto, il Consiglio di Stato aveva fatto ricorso a proposito dei c.d. *accords relatifs au régime des prix*, introdotti durante il periodo dell'interventismo economico e del blocco dei prezzi. Attraverso questi accordi l'amministrazione statale rinunciava a fissare unilateralmente i prezzi di vendita dei beni prodotti dalle imprese francesi e, concordandoli con le organizzazioni rappresentative degli industriali, otteneva l'assunzione di determinati impegni di natura economica da parte dei loro aderenti⁴⁹⁴.

Attraverso la soluzione dell'*incorporation* la giurisprudenza riusciva a mantenere l'apparenza unilaterale del provvedimento ministeriale, che, emesso al termine della contrattazione, obbligava le imprese francesi a mantenere gli impegni per tale via assunti.

Ma come si poteva spiegare, senza ricorrere ad artifici, che ci si trovava in presenza di un impegno del destinatario, inserito in una decisione unilaterale dell'amministrazione, piuttosto che di uno scambio bilaterale di impegni reciproci?⁴⁹⁵ Come distinguere l'*acte administratif unilatéral* nel quale si incorporava l'impegno del suo destinatario da uno scambio di consensi puro e semplice?⁴⁹⁶

Può essere interessante cogliere le ragioni di questa giurisprudenza rileggendole nella sentenza considerata la più rappresentativa di questo orientamento, *Syndicat National de commerce en gros des équipements pièces pour véhicules et outillages*⁴⁹⁷, con la quale per la prima volta il giudice amministrativo ebbe a pronunciarsi in una controversia relativa alle operazioni di politica contrattuale in materia di prezzi⁴⁹⁸.

A seguito di una serie di trattative intercorse tra il Ministro della Finanza e l'organismo professionale di rappresentanza, e del successivo deposito di un atto formale di impegno da parte di quest'ultimo presso il Ministero, l'amministrazione emise un decreto contenente alcune disposizioni relative ai prezzi.

Il *Conseil d'Etat* escluse che si fosse in presenza di un contratto, e considerò il documento proveniente dal Ministero come un atto unilaterale classico. Nelle sue conclusioni, il *Commissaire du gouvernement* Braibant negò la natura contrattuale della fattispecie in quanto alcune materie erano refrattarie al contratto per loro natura, e questo sarebbe stato il caso della politica economica, in generale, e della regolamentazione del commercio, degli scambi e del regime dei prezzi, in particolare.

⁴⁹⁴ Cfr. J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Le régime conventionnel des prix*, in A.J.D.A. 1967. 579; D. LINOTTE, *L'évolution récente du régime administratif des prix*, in *Rev. droit Publ.*, 1970. 1425.

⁴⁹⁵ Cfr. CH. L. VIER, nota a C.E. 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements pièces de rechange et outillage*, in A.J.D.A., 1973. 323., p. 364.

⁴⁹⁶ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 66.

⁴⁹⁷ C.E. 2 mars 1973, *Concl. Braibant*, in A.J.D.A., 1973. 323.

⁴⁹⁸ Vd. P. WEIL, *Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés*, op. cit., p. 225.. Cfr. altresì, F. MODERNE, *Autour de la nature juridique des accord conclus entre l'administration et les organismes professionnelles en matière de prix*, in *Dr. Soc.*, 1975, p. 505 e ss. ;

Se ne doveva desumere che «*l'administration ne pouvait pas procéder par voie de contrat dans ce domaine, et elle ne l'a pas fait malgré les apparences de son propre langage*»⁴⁹⁹.

Fu poi nelle successive sentenze *Valet*⁵⁰⁰ e *Syndicat du commerce de la chaussure*⁵⁰¹ che il *Conseil d'Etat* esplicitò la teoria de l'*incorporation*: «*cet arrêté, ainsi que l'engagement professionnel qu'il rend applicable et dont les dispositions s'y incorporent, ne constituent pas un engagement contractuel de l'administration mais une décision unilatérale à caractère réglementaire prise en accord avec la Confédération nationale de la boucherie française...*».

Il rifiuto di vedere un tutto contrattuale nell'*accord de prix* si spiegava alla luce del principio cardine del sistema francese – che costituirà oggetto del prossimo capitolo – secondo cui il potere pubblico non può costituire oggetto di contratto. Per cui se una negoziazione si deve ammettere, questa rimane comunque a livello informale e con finalità preparatorie durante il procedimento, ma non può emergere al termine di questo in un atto formalmente consensuale.

Ed allora, riportandoci ancora una volta alle parole di *Braibant* «*l'administration ne peut aliéner par contrat le pouvoir réglementaire qui lui a été conféré par la loi...; elle ne peut renoncer à prendre à tout moment des mesure de police, ni transférer sa compétence, même partiellement, même temporairement, aux organisations professionnelles et aux entreprises*»⁵⁰².

3. L'attività consensuale della P.A. in Francia: tra *contrat* e *règlement*.

Come già si intravede nelle conclusioni del *Commissaire Braibant* riportate nel paragrafo precedente, il modello francese concepisce atti amministrativi a carattere unilaterale, incidenti sulla sfera giuridica di un singolo individuo, ma al tempo stesso dotati di una portata regolamentare, volti, cioè, a riferire ed applicare al destinatario dell'atto uno *statut légale ou réglementaire*.

Così era – lo abbiamo già visto – per l'atto di nomina del pubblico impiegato, atto amministrativo unilaterale al quale accedeva il consenso del privato, e per effetto del quale gli veniva estesa la disciplina della categoria per tale via acquisita. Così, ancora, nel diritto privato avveniva per l'atto di matrimonio, in forza del quale si trasmettevano ai nubendi i diritti e gli obblighi derivanti dallo *status* di coniugi.

La produzione di *effets réglementaire* da parte di un atto giuridico trova la propria spiegazione nell'influenza che sul pensiero giuridico francese esercitò la classificazione materialista di Duguit⁵⁰³, nella quale agli *actes-subjectifs*, identificabili essenzialmente

⁴⁹⁹ *Concl. Braibant*, in A.J.D.A., 1973. 323.

⁵⁰⁰ C.E. 23 octobre 1974, in A.J.D.A. 1975. 364.

⁵⁰¹ C.E. 4 juillet 1975, in A.J.D.A. 1976. 429.

⁵⁰² *Concl. Braibant, cit.*

⁵⁰³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p. 64 e ss.

nei contratti, si affiancavano gli *actes-règle*, che producono nell'ordinamento situazioni impersonali ed oggettive, e, quindi, gli *actes-condition*, che tali situazioni applicano al singolo.

Quest'ordine di idee fu ampiamente accolto nella dottrina francese e l'impiego del termine stesso «*acte-condition*» divenne se non generale quantomeno corrente nel linguaggio della dottrina successiva⁵⁰⁴. E se pure il *Conseil d'Etat* si guardò bene dall'utilizzarlo, in ultimo, anch'esso fece sovente ricorso alla nozione⁵⁰⁵.

D'altra parte è possibile nel sistema giuridico francese che alla produzione di *effets réglementaire* concorra non soltanto un atto amministrativo unilaterale, ma anche un atto bilaterale o plurilaterale, frutto dell'incontro di due o più manifestazioni di volontà, provenienti da un soggetto pubblico e da un soggetto privato.

Sono queste le fattispecie che già L. Duguit classificava sotto il nome di *union* e di *convention-loi*. Ad esse del resto si riferivano G. Jéze e R. Bonnard quando osservavano che «*tantôt l'acte-condition est unilatéral, tantôt il est bilatéral*»⁵⁰⁶, sì che anche «*l'acte-condition peut être en forme de convention, c'est l'acte-condition-accord*»⁵⁰⁷.

In tali casi si verificava che dalla conclusione di un contratto, o meglio, come si vedrà, di una convenzione o di un accordo, tra un soggetto pubblico ed un soggetto privato, discendessero degli effetti direttamente nei confronti dei terzi: si creavano, cioè, diritti oppure obblighi, senza che questi ultimi avessero manifestato il proprio consenso.

La dottrina francese giustificò questo fenomeno proprio con la produzione di *effets réglementaire* da parte di un atto consensuale, che dir si voglia contratto o convenzione, nel quale alcuni colsero, stante l'eterogeneità degli effetti prodotti, il senso vero della nozione di *acte mixte*⁵⁰⁸.

Furono quindi ricondotte entro questa categoria astratta le concessioni di servizio pubblico⁵⁰⁹, gli accordi tra i *syndicats de medecins* e le *Caisses de securité sociale*, gli

⁵⁰⁴ Cfr. A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 81, nota 15, i quali segnalano che la stessa dottrina civilista, chiaramente ben più reticente di quella pubblicista ad impiegare istituti e termini per tradizione non afferenti al diritto privato, dimostrarono di accettarla.

⁵⁰⁵ Così per esempio può leggersi in C.E. 16 février 1966, *Conséil départemental de la Sein de l'Ordre des chirurgiens dentiste*, a proposito dell'adesione ad una *convention-type*: «*Par cette adhésion, les intéressés se placent ainsi sous le régime d'un statu réglementaire*». Ed ancora, nelle conclusioni di P. Dondoux a C.E. 29 juin 1979, *Madame Bourgeois*: «*L'abonnement téléphonique est non un acte contractuel mais un acte-condition rendant applicable l'acte règle qu'est la loi du service public*». Cfr. A. DE LAUBADERE, op. ult. cit., p. 81.

⁵⁰⁶ G. JEZE, *Principes généraux*, op. cit., t. I, p. 47.

⁵⁰⁷ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 35.

⁵⁰⁸ Ci riferiamo qui alla nota tesi di Y. Madiot, formulata nel suo saggio già altrove citato, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, L.G.D.J., Paris, 1971.

⁵⁰⁹ Per completezza espositiva, si dirà qui che sopravvissero nella dogmatica francese costruzioni unilaterali a proposito della concessione di servizio pubblico. Così per esempio P. Laroque, pur escludendo che l'*acte de concession* fosse un atto amministrativo unilaterale, faceva dipendere dalla volontà unilaterale dell'amministrazione le *prescriptions réglementaires*. E ciò in quanto una convenzione non poteva dare luogo a dei regolamenti, a delle prescrizioni che si imponessero in maniera generale e permanente nei confronti di una pluralità indistinta di destinatari. Se quindi l'*accord de volotés* incluso

accordi conclusi tra lo Stato e gli *établissements d'enseignement privé*, infine, le convenzioni concluse nell'ambito delle lottizzazioni⁵¹⁰.

Per la vivacità e la moltitudine delle teorie cui essa diede adito, ci soffermeremo nelle prossime pagine sulla controversa natura giuridica delle concessioni di servizio pubblico.

Esse, del resto, appaiono veramente interessanti ai nostri fini. Se infatti nei medesimi anni, la dottrina italiana riproduceva ora uno schema intermanente contrattuale, ora un modello convenzionale a carattere pubblicistico, ora uno di tipo duale, in cui variamente spiegare la presenza del provvedimento e del contratto, risultava in ogni caso inconcepibile, in Italia, che un atto consensuale potesse creare posizioni giuridiche soggettive in capo a terzi. Lo stesso principio di relatività degli effetti del contratto risultava del resto limitare, in questo senso, anche le costruzioni pubblicistiche, che vedevano comunque nella convenzione la fonte del solo rapporto tra concedente e concessionario.

Chi avvertiva più da vicino la questione, al più accedeva alla costruzione del doppio grado, in cui veniva affidato all'atto unilaterale la disciplina dello svolgimento del servizio pubblico. Non era concepibile una categoria che fondesse insieme clausole contrattuali e clausole regolamentari.

Ed infatti, anche chi si dimostrò sensibile ed attento alle elaborazioni compiute in quegli anni in Francia, comunque finiva con l'accedere ad una costruzione duale e mai unitaria, ove le «clausole regolamentari» erano pur sempre presenti «nell'atto

nell'*acte de concession* produceva degli effetti giuridici eccezionali nei confronti dei terzi, «*cela ne peut tenir qu'à la présence dans l'accord d'une autorité administrative intervenant dans un but d'intérêt général. De là à dire que les prescriptions réglementaires émanent unilatéralement de cette seule autorité. Il n'y a qu'un pas et il paraît d'autant plus nécessaire de le franchir qu'on voit mal comment des règlements nés d'une convention pourraient être modifiés sans l'accord des volontés qui ont concouru à les faire naître*». Tuttavia, l'analisi che propone l'autore sembrerebbe accedere in ultima analisi alla categoria, che si è menzionato in precedenza, dell'*accord donné à un acte unilatéral*. Cfr. P. LAROQUE, *Les usagers des services publics industriels*, p. 23-24. Diversamente, per altri l'*acte de concession* figurerebbe come un *acte réglementaire unilatéral* piuttosto che come convenzione. Questa analisi consisteva nel mettere l'accento sulla decisione amministrativa di approvazione della concessione da parte dell'autorità di controllo. Il fatto che le concessioni di servizio pubblico fossero assoggettate ad approvazione indusse, infatti, taluni a ritenere che era proprio questa approvazione, emanata da un'autorità dotata di potere regolamentare, ad assorbire la concessione medesima, la quale quindi «*s'incorporerait*» ad essa, esplicando il carattere regolamentare in alcune delle sue clausole. Tuttavia questa tesi venne abbandonata dopo che il Consiglio di Stato ammise, a certe condizioni, la ricevibilità del ricorso per eccesso di potere per violazione di *clauses réglementaires* di convenzioni stipulate tra concedente e concessionario, non assoggettate ad approvazione o omologazione (C.E. 23 février 1968, *Picard*; C.E. 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle*). Su questi aspetti cfr. A. DE LAUBADERE, *op. ult. cit.*, p. 106-107.

⁵¹⁰ In generale sui c.d. *effets réglementaires* del contratto, si veda, oltre alla dottrina che più oltre si citerà, J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, LGDJ, 1968, p. 97-130; ID., *Les conventions entre personnes publiques in Mél. Stassinopoulos, op.cit.*, p. 113; D. TRUCHET, *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés*, in L. CADIET (sous la dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, p. 185 ; e, più di recente, D. DE BECHILLON, *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, in RFDA 1992, p. 15 e ss.

deliberativo che ha carattere organizzatorio», ed al cui contenuto si obbligava il privato per il tramite del negozio attuativo del provvedimento concessorio⁵¹¹.

3.1. *Le diverse teorie sulla natura giuridica della concession de service public. La teoria dell'«acte mixte» e la teoria della natura contrattuale.*

La natura giuridica della *concession de service public* si pose al centro di un lungo ed importante dibattito della dottrina e della giurisprudenza francese.

Essa fu convenzionalmente definita come un «*mode de gestion du service public, consistant en ce qu'une collectivité publique (concedant) charge une personne privée, individu ou plus souvent société (cessionnaire), par une convention conclue avec celui-ci, du soin de faire fonctionner le service public à ses frais et risques et en se rémunérant au moyen de redevances perçues sur les usagers*»⁵¹².

Normalmente nella prassi delle amministrazioni francesi, l'atto amministrativo di concessione del servizio pubblico si limitava a rinviare ad un *cahier des charges particulier*, nel quale era contenuta l'enunciazione dettagliata della disciplina, consensualmente definita, del rapporto tra concedente e concessionario così come del funzionamento del servizio pubblico. Di fatto l'atto di concessione veniva perciò a coincidere con il *cahier des charges*, in quanto l'uno si riferiva all'altro e viceversa. Tuttavia, si verificava molto spesso che il *cahier des charges particulier* altro non fosse che la duplicazione di un *cahier des charges-type*, sorta di modello di contratto unilateralmente predeterminato dall'amministrazione per tipi di concessione, ed approvato sovente mediante decreto.

Se quindi il *cahier des charge-type* aveva natura regolamentare – e di ciò né la dottrina né la giurisprudenza dubitarono mai seriamente⁵¹³ – dal richiamo ad esso compiuto nel *cahier des charges particulier à la concession* derivava che quest'ultimo s'impregnasse di una duplice natura, regolamentare e contrattuale insieme.

Da tale stato di cose Duguit faceva discendere la conclusione secondo la quale tanto la posizione dell'utente di un servizio pubblico, tanto quella del concessionario non potevano essere di natura schiettamente contrattuale, e finiva col definire la *concession de service public*, come un *acte complexe*, nel quale convergevano clausole di natura

⁵¹¹ E. SILVESTRI, *ad vocem Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.* VIII, 1961, p. 376.

⁵¹² Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, *op. cit.*, p. 145.

⁵¹³ La giurisprudenza amministrativa e la stessa dottrina, benché con alcune variazioni al tema, hanno da sempre riconosciuto la natura giuridica di regolamento al *cahier des charges-type*. Vd. C.E. 2 mai 1962, *E.D.F. c. Syndicat départemental d'électrification des collectivités concédantes et régies d'électricité de la Haute-Savoie, syndicat intercommunal d'électricité et de gaz de l'Allier*. Da tale qualificazione, in particolare, discendeva l'ammissibilità del *recours pour excès de pouvoir* avverso gli atti con cui l'amministrazione approvava simili *cahiers*, ovvero nei confronti dei medesimi, creandosi tra gli uni e gli altri una «*intime union*». La legittimità ad agire in giudizio venne progressivamente estesa dal *Conseil d'Etat* ai concessionari, agli stessi enti concedenti, agli utenti del servizio pubblico e, in prospettiva più ampia, a tutti coloro che dimostravano un interesse all'esecuzione del servizio medesimo. Cfr. C.E. 5 mai 1944, *Compagnie Maritime de l'Afrique Orientale* e soprattutto C.E. 5 mai 1961, *Ville de Lyon*.

contrattuale (*clauses contractuelles*) e clausole di natura regolamentare (*clauses réglementaires*)⁵¹⁴.

Incontestabilmente – osservava Duguit – la *concession de service public* ha natura di *convention*. Ma essa ha un carattere complesso, essendo al tempo stesso una *convention-contrat* e una *convention-loi*, o, detto in altri termini, essa comprende «*deux catégories de clauses très différents, les clauses contractuelles et les clauses réglementaires. Les premières, les clauses contractuelles, établissent des obligations déterminées qui imposent aux parties, concédant et concessionnaire, l'accomplissement de certaines prestations vis-à-vis l'une de l'autre, par exemple l'obligation de subvention ou de garantie d'intérêt pour le concédant, l'obligation de redevance ou de partage de bénéfices pour le concessionnaire. Au contraire, toutes les clauses qui déterminent le mode et les conditions d'exploitation du service public concédé forment véritablement la loi de ce service. Cette partie de la convention n'a rien de contractuel. Il y a là une union, une Vereinbarung parfaitement caractérisée*»⁵¹⁵.

Un criterio «*simplement formel, mais exact et commode*» veniva allora offerto per individuare i due diversi tipi di clausole all'interno della concessione. La distinzione operava, in maniera formale appunto, tra quelle clausole che sarebbero state presenti oppure no se il servizio pubblico fosse stato gestito direttamente dall'amministrazione. Andavano perciò qualificate come clausole contrattuali tutte quelle disposizioni che erano tanto inconcepibili quanto estranee se il servizio fosse stato «*en régie*», e consistenti nell'attribuzione e nel riconoscimento di particolari garanzie e benefici a favore di un soggetto privato.

Basato sull'idea primordiale che il funzionamento del servizio pubblico dovesse essere assicurato in maniera ininterrotta e per rispondere al meglio agli interessi della collettività, erano di natura regolamentare, invece, tutte quelle altre clausole costituenti la c.d. «*loi du service*», e quindi tutte quelle relative alla sua organizzazione. Avverso la loro violazione, ovvero, ed in termini più generali, avverso il rifiuto di prestare il servizio medesimo da parte del concessionario, ben poteva perciò essere esperito il *recours pour excès de pouvoir*.

A medesime conclusioni giungevano anche Jéze⁵¹⁶ e Bonnard⁵¹⁷, i quali sottolineavano come la concessione, o, il che è lo stesso, il *cahier des charges particulier*, attecchendosi anche qui a «*loi du service*», assumeva una natura non solo contrattuale ma anche regolamentare.

La teoria dell'atto misto conduceva, quindi, a qualificare come regolamentari (ma potremmo anche dire normative) le clausole relative all'organizzazione ed al funzionamento del servizio; come contrattuali quelle che riguardano i diversi vantaggi accordati dal concedente al concessionario. Una simile ricostruzione si prestava ad

⁵¹⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 420 e ss. Dello stesso autore, si veda altresì ID., *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in *Rev. droit Pub.*, 1907. 411

⁵¹⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, op. cit., p. 421.

⁵¹⁶ G. JEZE, *Contrats administratifs*, op. cit., p. 157 e ss..

⁵¹⁷ R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 714 e ss..

essere funzionale anche e soprattutto nei riguardi degli utenti del servizio pubblico: da un lato essi venivano garantiti dalla natura normativa e dunque vincolante delle disposizioni sullo svolgimento del servizio (tariffe, orari, etc.), dall'altro essi rimanevano estranei rispetto al rapporto propriamente contrattuale sussistente tra l'amministrazione ed il concessionario (durata della concessione, garanzie finanziarie e privilegi di esclusiva), poiché esso appariva ai loro occhi come *res inter alios acta*, stante il principio della relatività degli effetti del contratto⁵¹⁸.

D'altra parte, il concepire le disposizioni della concessione, relative al funzionamento del servizio pubblico, a carattere regolamentare aveva il vantaggio di poter meglio giustificare il potere di modifica unilaterale che su di quelle aveva l'amministrazione al sopravvenire di nuove esigenze di interesse pubblico, senza che ciò si scontrasse con eventuali pretese contrattualmente acquisite (*droits acquis*) da parte del concessionario⁵¹⁹.

La teoria dell'atto misto, così definita, alla quale aderì la maggior parte della dottrina⁵²⁰ trovò un'eco anche all'interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato⁵²¹.

Le ricostruzioni di Duguit, Jéze e Bonnard infatti vennero salutate positivamente soprattutto dai detrattori delle tesi contrattuali, sviluppatasi intorno alla fine del XIX secolo⁵²².

⁵¹⁸ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 104.

⁵¹⁹ Fu quanto sostenuto da Hauriou e Jéze nei loro commenti alla sentenza *Compagnie générale française des tramways*. Ma il riconoscimento di un potere di modifica unilaterale della concessione, giustificato dalla presenza di *clauses réglementaires*, era destinato a cedere il passo, di lì a qualche anno, alle constatazioni di quanti – Péquignot e Laubadère tra tutti – ebbero a riconoscere che di simile potere l'amministrazione disponeva in via generale, ed in ragione «*de la nature propre de ce contrat*». Cfr. Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 1, p. 164.

⁵²⁰ Aderirono a questa tesi, tra gli altri, anche H. BERTHELEMY, *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 711; R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 715; L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, 1950, n° 149; ID., *La concession*, in *Rev. droit Pub.*, 1909.520. J. WALINE, *Traité élémentaire de droit administratif*, op. cit., p. 392; J. RIVERO, *Droit administratif*, op. cit., p. 411; Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 1 e 151 e ss..

⁵²¹ Degna di nota è, in particolare, C.E. 5 mars 1943, *Compagnie générales des Eaux*, nelle cui conclusioni del *Commissaire Odent* venivano tratteggiate le linee fondamentali della teoria in questione: «*Il fait en conclure que le cahier des charges est un acte mixte, qui a un double caractère, dû à ce qu'il est imprégné de cette notion de service public qui domine toute une partie de notre droit public, qui lui confère un aspect très particulier et qui rend vain toute tentative du rapprochement, toute recherche d'analogie avec les règles habituelles du droit privé, civil ou commercial. Le cahier des charges n'est contractuel que dans la mesure où il fixe des rapports financiers entre le concédant et le concessionnaire, mais il a un caractère réglementaire pour tout ce qui concerne le fonctionnement du service public, son organisation matérielle et technique, les prestations qu'il doit fournir au public, et le tarif des redevances diverses qu'est autorisé à percevoir le concessionnaire c'est-à-dire, en définitive, de presque tous les rapports qui existent entre le concessionnaire et les usagers, dont la satisfaction des besoins collectif est l'objet même du service public*». Il testo è riportato in Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 159.

⁵²² Vd. A. MESTRE, nella Prefazione all'opera di M. TESTE, *Les concessions de service public et de distribution de l'électricité*, 1940; J. L'HUILLIER, *Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de la loi à l'administration*, D. 1953, Chron. p. 87.

Secondo queste ultime⁵²³, infatti, la *concession de service public* andava considerata come un *contrat administratif* propriamente inteso e a carattere sinallagmatico, in cui trovavano la propria fonte i diritti e le obbligazioni del concedente e del concessionario, nonché la regolamentazione del servizio stesso. Alcuna modifica alla disciplina contrattuale poteva perciò essere ammessa se non per accordo reciproco delle parti⁵²⁴. Le posizioni di diritto soggettivo riconosciute in capo agli utenti venivano spiegate invece mediante il ricorso alla c.d. *stipulation pour autrui*⁵²⁵.

Ma la natura giuridica esclusivamente contrattuale mal si conciliava con il principio vigente nell'ordinamento giuridico francese secondo cui l'oggetto della concessione, ossia l'organizzazione, il funzionamento del servizio pubblico e la predisposizione di regole del servizio stesso, sono refrattari al contratto, rientrando nella esclusiva competenza dei soggetti pubblici. Ciò che induceva, a maggior ragione, a screditare tali tesi, per abbracciare con maggiore convinzione quelle sull'*acte mixte*.

3.2. La teoria de la double nature della concessione .

L'idea che la concessione di servizio pubblico comportasse elementi di carattere normativo e negoziale insieme, condusse alcuni a definire diversamente la natura giuridica dei *cahier des charges* e dell'*acte de concession*, distinguendovi un doppio aspetto all'interno del medesimo atto. La concessione avrebbe avuto, in altri termini, natura di regolamento nei confronti degli utenti e natura di contratto nel rapporto tra concedente e concessionario.

Si suole attribuire questa formula all'analisi che della fattispecie diede il *Commissaire du Gouvernement* Léon Blum nelle conclusioni alla sentenza *Compagnie générale française des tramways*. Qui egli riconobbe un «*double aspect, ...[une] double nature de la concession, qui est, en un sens, un agencement financier à forme certaine,*

⁵²³ La tesi della natura contrattuale della concessione di pubblico servizio trovò riscontri anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Cfr., in particolare, C.E. 23 janvier 1903, *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*; C.E., 7 février 1913, *Tramways d'Aix-les-Bains*.

⁵²⁴ Scriveva il *Conseil d'Etat* a proposito della concessione del servizio ferroviario «*Le nombre des voyages fixé par le cahier des charge constitue un minimum contractuel qui ne peut être modifié que par l'accord réciproque des parties*». Così facendo non solo veniva riconosciuta natura interamente contrattuale al *cahier des charges*, ma essa veniva estesa anche alle regole di funzionamento minimo del servizio pubblico (il numero di viaggi). Per cui sia il primo che le seconde divenivano intangibili, assumevano forza di legge tra le parti, e potevano essere modificate solo con il reciproco consenso del concedente e del concessionario. Ciò che quindi imponeva all'amministrazione di contrattare nuovamente con il privato le condizioni del servizio pubblico. Cfr. C.E. 23 janvier 1903, *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*. Proprio le ricadute pratiche cui conduceva questo modo di concepire la concessione di servizio pubblico indussero la giurisprudenza successiva all'elaborazione della teoria della distinzione tra *police de l'ordre public* e *police de la gestion*, secondo la quale mentre l'amministrazione ben poteva rinunciare, e dunque concedere per contratto, alla gestione del servizio pubblico, ciò non poteva darsi nella regolamentazione del servizio, che, in quanto integrante una *police d'ordre public*, doveva trovare la propria fonte esclusiva in disposizioni di carattere normativo, legali o regolamentari. Cfr. Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 149.

⁵²⁵ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., t. I, Paris, L.G.D.J., 1896, p. 605.

en un autre sens le mode de gestion d'un service public à besoins variables»⁵²⁶. Ma la teoria della doppia natura, seppure apparve ad alcuni sostenibile⁵²⁷, fu criticata da un punto di vista formale oltre che giuridico: in effetti era difficile concepire che lo stesso atto avesse una natura differente a seconda delle persone cui si applicava. Per altri, invece, la tesi non riusciva ad evitare la critica generale, cui già si era esposta la teoria contrattuale, secondo la quale l'organizzazione di un servizio pubblico è refrattario al contratto, essendo escluso che l'amministrazione possa "alienare", ovvero negoziare, il proprio potere di disciplinare il funzionamento del servizio pubblico⁵²⁸.

3.3. *La teoria delle conventions à conséquences réglementaires in A. de Laubadère, F. Moderne e P. Devolvé.*

Se perciò la teoria dell'*acte mixte* fu quella che tra tutte prevalse, nondimeno alcuni, e segnatamente A. de Laubadère, F. Moderne e P. Devolvé, tratteggiarono, nel loro imponente *Traité des contrats administratifs*, i contorni di una nuova figura, a carattere squisitamente convenzionale. L'idea di fondo, costantemente ribadita da questi autori, infatti, era che «*tout accord de volonté n'est pas nécessairement un contrat*».

Partendo dalla fondamentale tripartizione materiale che degli atti giuridici fece Duguit (*actes-règles, actes-condition, actes subjectifs*), essi giunsero ad enucleare anzitutto una definizione di contratto propria del diritto amministrativo, quindi a distinguere questo dalla convenzione. Sulla base di tali premesse, pervenivano poi a delineare e specificare nell'ambito delle forme consensuali, più o meno vincolanti, più o meno incidenti sull'esercizio delle potestà pubbliche, la fattispecie delle *conventions à conséquences réglementaires*.

⁵²⁶ C.E. 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*. Cfr. S. FLOGAÏTIS, *Contrat et acte administratif unilatéral*, in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 238.

⁵²⁷ Essa, fu per un certo periodo sostenuta anche dallo stesso Hauriou, il quale, invero, secondo la ricostruzione che del suo pensiero diedero A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, si accostò a tutte le teorie sin qui descritte. Hauriou, infatti, inizialmente concepì l'intera operazione a carattere contrattuale, e precisamente composta da due contratti, entrambi conclusi tra l'amministrazione ed il concessionario. Il primo avrebbe avuto ad oggetto l'organizzazione del servizio, il secondo sarebbe stato relativo al trattamento finanziario. Cfr. M. HAURIOU, note à C.E. 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon c. Ville d'Angoulême*, S. 1904-3-49. Successivamente, contravvenendo alle precedenti posizioni, l'autore abbracciò la tesi della doppia natura della concessione. Egli ebbe a notare, infatti, che mentre il rapporto tra amministrazione e concessionario è un contratto; nei confronti degli amministrati i medesimi *cahiers des charges* apparirebbero come un regolamento, a nulla valendo, di contro, richiamare la categoria della *stipulation pour autrui*. M. HAURIOU, note à C.E. 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, S. 1907-3-33. Infine, Hauriou sembrò adottare la tesi dell'atto misto, laddove riconobbe nella concessione la combinazione di due elementi, da un lato, la creazione di una situazione regolamentare volta all'istituzione ed all'organizzazione del servizio pubblico; dall'altro la conclusione di un contratto tra l'amministrazione ed il concessionario, il *cahier des charges*, per regolare le obbligazioni derivanti da quella medesima situazione regolamentare. M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12 ed. Sirey, Paris, 1933, p. 1015. Cfr. altresì, A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs, op. cit.*, p. 103; Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral, op. cit.*, p. 149-152.

⁵²⁸ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs, op. cit.*, p. 104; Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral, op. cit.*, p. 151.

Punto di partenza indefettibile per tali autori era la premessa che nel diritto amministrativo la presenza di un soggetto di diritto pubblico, detentore di poteri giuridici diversi, unilaterali ovvero regolamentari, in grado di insinuarsi in forme convenzionali, di intrufolarsi e penetrare in accordi bilaterali, rendeva non solo più difficile qualificare l'atto che per tale via andava creandosi, ma anche riconoscere i casi in cui ricorresse effettivamente un *contrat administratif*.

Ne discendeva quindi che il contratto di diritto amministrativo non potesse coincidere con il contratto di diritto civile, ove, lo si è visto, esso veniva a sovrapporsi alla nozione di convenzione.

La definizione che di *contrat* cui pervenivano quindi gli autori poggiava sulla nozione di *accord de volontés*, su quella di *acte générateur des obligations*, sul carattere giuridico di queste ultime, nonché ed infine sulla nozione di *situation juridique subjective*.

L'*accord de volontés*, pur essendo un elemento essenziale, non era infatti di per sé sufficiente a fondare la nozione di contratto. Perché un contratto vi potesse essere, occorreva, perciò, anzitutto che questo fosse formalmente concluso (ciò che consentiva una distinzione rispetto a tutti gli altri prodotti giuridici della mera concertazione) ed inoltre che producesse vere e proprie obbligazioni, e non meri impegni o obblighi morali (ciò che permetteva, per converso, di distinguerlo dalle semplici dichiarazioni d'intenti).

Attingendo, quindi, alla classificazione di tipo materiale compiuta da Duguit, gli autori ritenevano, infine, che contratto potesse aversi solo quando l'accordo, così definito, generasse *situations juridiques subjectives*.

Era quest'ultima affermazione che permetteva di distinguere anzitutto ciò che è contrattuale da ciò che, invece, è di natura regolamentare e, in secondo luogo, di escludere la natura di contratto, e quindi, al tempo stesso, isolare rispetto a questo, tutti quegli accordi che gli autori definiscono con il termine di *conventions à conséquences réglementaires*.

Queste fattispecie, a loro volta, comprendevano al loro interno due distinte tipologie: da una parte le convenzioni che attribuivano individualmente ad un soggetto una situazione regolamentare già definita, c.d. *conventions attributives de situations réglementaires* e che rientravano in quelli che Duguit aveva definito *actes-condition*; dall'altra quelle che avevano come effetto proprio quello di creare, mediante il ricorso ad una tecnica convenzionale, uno statuto, una disciplina a carattere regolamentare, c.d. *conventiones à effets réglementaires*, e che, si identificavano con le *convention-loi*.

Tali convenzioni sarebbero state del tutto irriducibili al contratto. La profonda differenza tra le prime ed il secondo si spiegava in considerazione del fatto che nelle *conventions attributives de situations réglementaires* le modifiche delle disposizioni a carattere normativo in esse contenute operavano automaticamente, *de plano*, senza necessità di un mutuo consenso delle parti; mentre nelle *conventiones à effets réglementaires*, gli effetti normativi erano direttamente opponibili nei confronti dei

terzi, o da questi stessi invocabili, in contrasto con il principio secondo cui il contratto ha forza di legge solo tra le parti⁵²⁹.

Proprio la presenza di elementi di natura consensuale con quelli di natura regolamentare induceva, infine, de Laubadère, Moderne e Devolvé a collocare la concessione di servizio pubblico tra le *conventions à effets réglementaires*, che di esse, anzi, costituivano proprio l'esempio tipico: non quindi contratto, ma vera e propria convenzione, in cui isolare clausole di origine regolamentare, volte a disciplinare il servizio pubblico e direttamente invocabili da parte dei terzi⁵³⁰.

L'aspetto interessante della teoria stava quindi nel concepire come perfettamente possibile che situazioni di carattere oggettivo ed impersonale, per dirla con Dugit, disposizioni di natura normativa, secondo un'espressione a noi più prossima, ed applicabili quindi ad una pluralità indistinta di soggetti (gli utenti del servizio pubblico), potessero essere poste nell'ordinamento giuridico per effetto dell'incontro delle volontà di un soggetto pubblico e di un soggetto privato.

3.4. *Le considerazioni sull'acte mixte di Y. Madiot.*

Simile, ma in parte diversa rispetto alla precedente, fu la definizione che di *acte mixte* diede Y. Madiot⁵³¹, rinvenendosi, qui, una matrice pienamente contrattuale della fattispecie⁵³².

Benché il titolo della sua opera presagisse una costruzione al confine tra contratto ed atto unilaterale, era nuovamente sui limiti tra contratto e regolamento che l'autore finiva col dettagliare le proprie teorie.

Può dirsi, infatti, che l'*acte mixte* di Madiot si pone a metà via tra l'erosione dell'atto regolamentare da parte del contratto e la diluizione degli elementi fondamentali di quest'ultimo, attraverso l'integrazione delle clausole regolamentari⁵³³.

Egli definì, non a caso, il proprio *acte mixte* come un *contrat (de droit public ou de droit privé) à effets réglementaires*.

Ed infatti, benché in una prima fase «*il y a création d'un véritable contrat par le rencontre de deux volontés ayant, sinon des motifs, du moins des buts identiques*», ciononostante gli effetti del contratto «*ne se déroulent pas uniquement entre les parties*», ma interesserebbero direttamente anche i terzi. In altre parole, «*il leur crée des droits et leur impose des obligations sans que ce derniers émettent un consentement. En d'autres termes il produit de véritables effets réglementaires*»⁵³⁴.

⁵²⁹ Cfr. A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 28-43.

⁵³⁰ *Ivi*, p. 105-109.

⁵³¹ Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français*, op. cit.

⁵³² La figura elaborata dall'autore diverge in parte anche dalla teoria de l'*acte mixte* analizzata in precedenza.

⁵³³ *Ivi*, p. 294.

⁵³⁴ *Ivi*, p. 28-29.

Egli analizzava sotto questa copertura da una parte un certo numero di «*accord collectifs*» (le *conventions collectives*, gli *accords collectifs en agriculture*, gli accordi tra *Syndicats des médecines* e la *Caisse de sécurité sociale*) e, dall'altra gli «*accords particuliers*» (i *cahiers des charges* delle concessioni di servizio pubblico, gli accordi nell'ambito delle lottizzazioni, gli accordi conclusi tra lo Stato e gli istituti scolastici privati).

Proprio sulla base delle diverse fattispecie analizzate, Madiot precisava la nozione, definendo più propriamente l'*acte mixte* come «*l'acte passé entre une ou plusieurs personnes privées et l'administration et qui associe, par fusion ou juxtaposition des éléments contractuels à des éléments réglementaires*»⁵³⁵.

Venivano così delineate le due ipotesi prese in considerazione: l'*acte mixte par fusion* e l'*acte mixte par juxtaposition*. Non si sarebbe trattato di due nozioni distinte, ma soltanto di due modalità differenti di manifestazione dell'elemento regolamentare in seno alla fattispecie consensuale.

Nel primo caso, si assisteva precisamente ad una fusione, ad un'integrazione, nel medesimo atto, il contratto, di *clauses contractuelles* e di *clauses réglementaires*, come avveniva, appunto, nella concessione di servizio pubblico.

Nel secondo, invece, più semplicemente un atto amministrativo si giustappone ad un contratto di diritto privato, che in tal modo è posto nella condizione di estendere i propri effetti ai terzi. Così accadeva, per esempio, nei contratti collettivi di lavoro.

Ma è la parte finale dell'opera, in cui l'autore tratteggiava le linee fondamentali della fisionomia giuridica dell'*acte mixte*, a risultare di particolare interesse.

Anzitutto l'*acte mixte*, per come concepito, divergeva dall'*acte collectif*, quale definito da Duguit. Quest'ultimo era una mera sommatoria di volontà volte a perseguire i medesimi fini e non contrapposte le une alle altre. L'*acte mixte*, benché scaturente da una decisione amministrativa unilaterale e dal consenso del privato, risultava da una convergenza contrattuale tra i due, nella quale restava la contrapposizione degli interessi perseguiti dalle parti. Pertanto, esso risultava più prossimo all'*union* e alla *convention-loi*.

Tuttavia sembrerebbe proprio dall'analisi degli elementi essenziali dell'atto, l'oggetto, la volontà e la causa, che la fattispecie perda la propria autentica declinazione contrattuale.

Ed infatti, quanto all'oggetto, coincidente con «*une tâche économique et sociale*», esso era o predeterminato dall'amministrazione (come nel caso dei *contrat-type*) oppure sottoposto ad un penetrante controllo di legalità ed opportunità da parte dell'amministrazione in sede di omologazione (come nel caso dei contratti collettivi di lavoro). Ne risultava fortemente limitata anche l'autonomia privata delle parti in sede di definizione del contenuto tanto delle clausole contrattuali, che, a maggior ragione, di quelle regolamentari.

⁵³⁵ *Ivi*, p. 243.

Infine, per ciò che concerne la causa, essa non coincideva in un mero scambio sinallagmatico tra interessi contrapposti, ma era connotata da un elemento oggettivo in più, volto a garantire l'organizzazione ed il buon funzionamento del servizio pubblico.

Non può celarsi come le teorie di de Laubadère, Moderne, Devolevé e di Madiot furono oggetto di numerose critiche da parte della dottrina amministrativista francese. Né esse verranno mai recepite dalla giurisprudenza⁵³⁶.

Non era, infatti, concepibile nel sentire giuridico comune una convenzione in cui fosse parte un soggetto privato e dalla quale potessero scaturire disposizioni di natura regolamentare. In realtà, queste fattispecie avrebbero dissimulato, secondo i più, una decisione amministrativa unilaterale, come, per esempio, una redazione preliminare ed unilaterale della convenzione da parte dell'amministrazione o, ancora, una misura amministrativa di approvazione ovvero di omologazione della convenzione stessa, alla quale soltanto ricondurre l'effetto regolamentare e nella quale, allo stesso tempo, si incorporava la convenzione⁵³⁷.

La ragione, che analizzeremo meglio nel prossimo capitolo, risiedeva nell'impossibilità per l'amministrazione di negoziare l'esercizio del proprio potere, che, in tali ambiti, si

⁵³⁶ All'inizio degli anni Novanta, invece, il legislatore ha introdotto con la *loi du 6 février 1992* e la *loi du 29 janvier 1993*, c.d. *Loi Sapin*, la *convention de délégation de service public*, categoria generale nella quale vengono fatte rientrare la *concession de service public*, l'*affermage*, la *régie intéressée* e la *gérance*. Nonostante l'impiego del termine *convention*, la dottrina recente concorda ormai nel far rientrare la fattispecie nell'area dei *contrats administratifs*. Tuttavia la *convention de délégation de service public* manterrebbe la propria peculiarità nella duplice presenza di *clauses contractuelles* (nella *convention*) e di *clauses réglementaires* (nel *cahier des charges*), che, secondo alcuni, ha portato il legislatore ad abbracciare la teoria dell'*acte mixte* quale elaborata dalla giurisprudenza, scartando invece quella delle *conventions à conséquences réglementaire*. Cfr. J.B. AUBY, C. MAUGUE, *Les contrats de délégations de service public*, in *La Semaine Juridique*, n° 9, mars 1994: «*Cette nuance terminologique est sans doute l'écho lointain de la conception de certains auteurs pour qui les concessions de service public et les mécanismes voisins ne sont pas réellement des contrats. Ils seraient en réalité des conventions à conséquences réglementaires, qu'il faudrait tenir à l'écart de la notion de contrat, laquelle ne concernerait que les conventions créatrices de situations juridiques subjectives. Il est peu probable, cependant, que le législateur ait entendu adhérer à cette théorie, et qu'il ait voulu indiquer que les conventions de délégation de service public n'étaient pas des contrats. Il est peu probable, cependant, que le législateur ait entendu adhérer à cette théorie. Il est plus probable qu'il a entendu refléter l'idée, qui est, elle, communément admise, selon laquelle la concession est un acte mixte, partiellement contractuel et partiellement réglementaire*». Sulla *convention de délégation de service public*, si veda anche G. MARCOU, *La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993*, in *RFDA* 1994, p. 692 e ss. e 875 e ss.; C. CHENUAUD-FRAZIER, *La notion de délégation de service public*, *RDP*, 1995, p. 175 e ss.; D. LAURENT, O. ROUSSET, *Convention de délégation de service et loi Sapin – La transparence dans le brouillard*, *LPA* n°30, mars 1994; P. PEREON, *La délégation des services publics administratifs*, in *A.J.D.A* 2004. 1449.

⁵³⁷ C.E. 18 février 1977, *Hervouët* e C.E. 22 décembre 1976, *Ministre du Travail c. Servin*. Nelle sue conclusioni alla prima delle due sentenze ora citate, il *Commissaire Dondoux* affermava: «*la convention nationale (du 28 octobre 1971)...n'est pas pour autant de nature contractuelle: vous devez en effet estimer, comme le font vos sections administratives et comme vous l'avez vous-mêmes admis implicitement par votre décision «Ministre du Travail c. Servin» du 22 décembre 1976, que l'arrêté (du 29 octobre 1971), qui, selon ses propres termes, porte approbation de la convention (du 28 octobre), est en réalité un arrêté réglementaire qui s'est incorporé les stipulations de la convention*». Si veda altresì, C.E. 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*.

specificava nel divieto di ricorrere a convenzioni nelle quali dedurre (anche) l'esercizio di potestà regolamentari.

CAPITOLO II

L'ASSENZA DI UN PARADIGMA CONSENSUALE UNITARIO

SOMMARIO: 1. L'assenza di un paradigma consensuale unitario nel diritto amministrativo francese. - 2. Le giustificazioni teoriche sull'indisponibilità e la non negoziabilità delle potestà amministrative e la nullità delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico. - 2.1. Il divieto di trasferire ad un terzo l'esercizio di un potere pubblico. - 2.2. Il divieto di obbligarsi sul contenuto di una decisione futura. - 2.3. Il divieto di sostituire l'accordo all'atto unilaterale. - 3. «*L'essor du concept contractuel*». - 3.1. La fioritura delle convenzioni dopo le prime riforme sul decentramento. - 3.2. La conferma della nullità e la riqualificazione giuridica delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico nella giurisprudenza più recente. - 3.3. La parabola discendente degli accordi in Francia. Dall'«*époque du tout contractuel*» alla «*banalisation du contrat*».

1. L'assenza di un paradigma consensuale unitario nel diritto amministrativo francese.

Nonostante i diversi tentativi della dottrina nella prima metà del Novecento di ricercare possibili modelli di convergenza tra il potere pubblico ed il consenso del privato, essi si scontrarono contro le posizioni fermamente unilaterali della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*.

Significative, sotto questo punto di vista, apparivano le conclusioni del *Commissaire Braibant* a proposito dei c.d. *accords de prix*.

Non solo in quella famosa sentenza veniva escluso che i poteri dell'amministrazione in materia di politica economica e di determinazione dei prezzi potessero costituire l'oggetto di un *contrat administratif*, ma neppure di forme più tenui a carattere convenzionale: «*l'administration ne peut aliéner par contrat le pouvoir réglementaire qui lui a été conféré par la loi...; elle ne peut renoncer à prendre à tout moment des mesures de police, ni transférer sa compétence, même partiellement, même temporairement, aux organisations professionnelles et aux entreprises*»⁵³⁸.

Nel presente capitolo ci occuperemo perciò di analizzare più nel dettaglio, attraverso l'ausilio della casistica giurisprudenziale, le ragioni che portarono ad escludere nel diritto amministrativo francese la possibilità di moduli consensuali, nei quali fosse deducibile l'esercizio del potere pubblico.

⁵³⁸ C.E. 2 mars 1973, *Syndicat National de commerce en gros des équipements pièces pour véhicules et outillages*. *Concl. Braibant*.

Ulteriore obiettivo della trattazione sarà, del resto, quello di verificare se tali giustificazioni teoriche circa l'indisponibilità e la non negoziabilità delle potestà amministrative, elaborate nella prima metà del secolo scorso, siano valide ancora oggi, ovvero se esse abbiano subito significativi mutamenti, sì da poter registrare un'evoluzione dell'ordinamento francese, che lo conduca ad una convergenza sistemica rispetto ad altri modelli, quale quello italiano, tedesco e, come si vedrà, quello spagnolo, che per converso hanno ormai da lungo tempo riconosciuto cittadinanza giuridica al principio di consensualità nell'azione delle pubbliche amministrazioni.

2. Le giustificazioni teoriche sull'indisponibilità e la non negoziabilità delle potestà amministrative e la nullità delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico.

Gli argomenti cui si ricorreva per escludere il ricorso a tecniche di natura convenzionale nell'esercizio dei poteri pubblici erano essenzialmente di tre tipi: la natura di ordine pubblico delle competenze amministrative, in generale, e delle funzioni di *police* in particolare, il loro carattere indisponibile ed inalienabile, l'assenza nella legislazione di un'abilitazione dell'amministrazione a concludere accordi di questo tipo.

Invero, simili argomentazioni furono utilizzate inizialmente con riferimento ai soli poteri di polizia dell'amministrazione, poteri per essenza stessa pubblici e sovrani (*régaliens*), in quanto volti a garantire e mantenere la sicurezza e l'ordine pubblico. La stessa origine dei divieti in parola si rinveniva in una sentenza del *Conseil d'Etat*, con cui veniva annullata una convenzione, mediante la quale un comune delegò attività di sorveglianza e vigilanza ad un istituto privato⁵³⁹.

Il divieto per l'autorità di ricorrere a tecniche di tipo contrattuale discendeva quindi inizialmente dalla natura di ordine pubblico dei *pouvoirs de police*⁵⁴⁰ e, quindi, dalla contraddizione che sarebbe scaturita dal ricorso a moduli consensuali nel perseguimento di un interesse pubblico di questo tipo.

Esiste un'incompatibilità naturale tra «*le mécanisme contractuel et les impératifs de l'ordre public, base légale de toute mesure de police*»⁵⁴¹.

Quest'idea originaria fu di seguito estesa a tutti i poteri unilaterali dell'amministrazione e il divieto di ricorrere al contratto nell'esercizio dei poteri di *police* divenne un'applicazione particolare del divieto di negoziare su ogni potere di decisione unilaterale dell'amministrazione. E la concezione classica si trasformò così

⁵³⁹ C.E. 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*.

⁵⁴⁰ Sulla nozione di *police administrative* si veda il fondamentale saggio di E. PICARD, *La notion de police administrative*, L.G.D.J. Paris, 1984.

⁵⁴¹ J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat*, in *AJDA* 1965, p. 13.

nell'indisponibilità di ogni competenza amministrativa⁵⁴²: tutti i poteri pubblici sono «inaliénables et imprescriptibles»⁵⁴³.

Nella giurisprudenza ricorreva come un *leit motiv* il passaggio della sentenza *Ville de Castelnaudary* secondo cui «*par nature, les compétences ne sauraient faire l'objet d'un quelconque contrat. Non seulement la délégation ou la transaction sont interdites, mais aussi tout accord, toute engagement, toute convention*»⁵⁴⁴.

Ma anche la stessa base legale delle funzioni pubbliche era sufficiente per escludere ogni facoltà dell'amministrazione di disporre a suo piacimento, anche per mezzo di un accordo.

Le funzioni amministrative sono per il soggetto pubblico non tanto un diritto, quanto un'obbligazione, per cui sarebbe ragionevole escludere ogni potere di disposizione in relazione ad esse⁵⁴⁵. L'amministrazione non sarebbe perciò libera rispetto alle proprie competenze: «*renoncer à l'exercer, [le] déléguer à un autre, lui sont également interdits*»⁵⁴⁶.

Discenderebbe quindi dal «*caractère légal, ...impersonnel, ...permanent ou d'ordre public... l'interdiction faite aux autorités... d'utiliser la technique contractuelle dans la mise en œuvre de leurs pouvoirs*»⁵⁴⁷.

L'esigenza che era alla base del divieto era del resto dettata anche dalla necessità di dover riconoscere all'amministrazione un potere di modifica unilaterale del rapporto giuridico con il privato, incondizionato e scevro da eventuali diritti acquisiti.

Parallelamente, perciò, alla costruzione della figura del *contrat administratif*, il cui regime giuridico riconosce all'amministrazione un potere di recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico⁵⁴⁸, la tradizione giuridica francese tendeva a

⁵⁴² Cfr. su questi aspetti J. PETIT, *Nouvelles d'une antinomie: contrat et police*, in *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, L.G.D.J., Paris, 2004 p. 353.

⁵⁴³ Così, il *Commissaire Tardieu* nelle sue conclusioni a C.E. 6 décembre 1907, *Compagnie du Nord et autres*. Cfr. sul punto anche M. HAURIOU, Note a CE 29 juin 1906, *Carteron*, S. 1907, III, 97 : «*En droit administratif, il est d'ordre public que les autorités ne renoncent pas à leur pouvoir et ne laissent pas lier leur pouvoir par des conventions*».

⁵⁴⁴ C.E. 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*; ma anche C.P. Lille 18 mai 1953, *Maire de Mouvaux*.

⁵⁴⁵ A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 47.

⁵⁴⁶ J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif ?* in RDP, 1953, p. 287.

⁵⁴⁷ Cfr. J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, op. cit., p. 14.

⁵⁴⁸ Diverso dalla *résiliation pour motif d'intérêt général*, in cui l'amministrazione è sempre tenuta a corrispondere un indennizzo al privato, è pur sempre il potere di *modification unilatéral* del *contrat administratif*. Mentre il primo viene generalmente riconosciuto ed ammesso, il secondo, non a caso è escluso dai rapporti schiettamente contrattuali dell'amministrazione. In altri termini, quando il soggetto pubblico si lega per contratto con un privato non gli è riconosciuta alcuna facoltà di modificare il vincolo contrattuale se non per mutuo consenso con la controparte. Del resto, nei casi in cui il *Conseil d'Etat* ha ammesso anche il potere di modifica unilaterale dell'amministrazione (C.E. 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways* e più di recente C.E. 2 février 1983, *Union des transports publics*) esso costituiva applicazione diretta dei poteri pubblici di organizzazione del servizio pubblico, che, come tali, sono pur sempre refrattari al contratto. Era così vietata la modifica unilaterale delle *clauses financières*, che rappresentano, non a caso, l'aspetto più intimo delle negoziazioni con il privato e il punto di equilibrio dello stesso vincolo contrattuale. Cfr. su questi aspetti, L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 239 e ss. Si veda altresì, F.-P. BENOIT, *De l'inexistence d'un pouvoir de*

preservare un nucleo intangibile della *puissance publique*, nel quale non sarebbe stato ammissibile il ricorso ad alcuna forma negoziale, ad alcuna *technique d'ordre contractuel* che fosse in grado di vincolare l'amministrazione⁵⁴⁹.

Forme convenzionali venivano quindi escluse in tutte quelle materie che implicano la sovranità dello Stato e che, come tali, non potevano essere oggetto di partecipazione dei privati (c.d. *matières régaliennes*), tra le quali si possono menzionare oltre alla protezione dell'ordine e della sicurezza pubblica, la politica monetaria, il controllo del commercio con l'estero e degli scambi, la materia fiscale, l'organizzazione del servizio pubblico, l'esercizio della potestà regolamentare⁵⁵⁰.

Dal nostro angolo prospettico, si rende perciò necessario concentrare ora l'attenzione proprio su quelle convenzioni con cui l'autorità amministrativa nella pratica, a spregio di tali limiti, deduceva comunque in obbligazione l'esercizio del potere. Esse costituiscono l'oggetto di una copiosa e consolidata giurisprudenza, che proprio sulla base delle premesse sin qui esposte, ne ha fatto, per contro, sempre discendere la nullità.

Tre sono, fondamentalmente, le occasioni di ricorso all'accordo da parte dell'amministrazione, e sanzionate con la nullità dal *Conseil d'Etat*.

Esse risultano dalla sistematizzazione che della casistica giurisprudenziale fece J. Moreau, il cui saggio rappresenta ancora oggi il punto da cui partire per approcciarsi al fenomeno francese dell'*administration contractuelle*⁵⁵¹.

modification unilatéral dans les contrats administratifs, in JCP, 193, I, p. 1775 e ss.; J. DUFAU, *Le pouvoir de modification unilatéral de l'administration et les contrats de concession de service public*, in A.J.D.A., 1955, p. 65 e ss.; A. DE LAUBADERE, *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, in RDP, 1954, p. 36 e ss..

⁵⁴⁹ Osservava J. Moreau: «Admettre que le particulier contractant détienne des droits sur l'autorité de police serait choquant en ce que l'intervention de police ne poursuit comme fin que l'intérêt général et doit ignorer, sous peine de détournement de pouvoir le système clos des relations privées. Ensuite, parce que l'ordre public est essentiellement fonction des circonstances changeants de temps et de lieu et ne doit pas être pré-déterminé dans les stipulations d'une convention.... Cette allergie de la police administrative vis-à-vis du procédé contractuel se manifeste dans le principe de l'absence de droit acquis. Ce n'est donc pas seulement pour éviter les marchandages autour de l'ordre public que la règle de prohibition a été édictée, ce n'est pas non plus seulement pour empêcher les détournements de pouvoir éventuels ou les délégations de compétence au profit de particuliers que les autorités de police se voient interdire la voie contractuelle; le fondement véritable de la prohibition repose sur l'idée très simple s'un divorce de nature entre le but et le moyen ou, si l'on préfère, sur le caractère non interchangeable des techniques juridiques». Cfr. J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, op. cit., p. 16.

⁵⁵⁰ Cfr. A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit., p. 44 e ss., ove si offre una casistica delle *matières et objets qui échappent au contrat*. Con particolare riferimento all'organizzazione del servizio pubblico, ciò che, più precisamente, non potrebbe costituire oggetto di contratto è *l'exercice de la compétence pour fixer l'organisation du service*, mentre, ad esso l'amministrazione potrebbe legittimamente ricorrere in sede di affidamento della gestione del servizio medesimo. Quanto alla materia fiscale, invece, occorre precisare che la c.d. *inalinéabilité du pouvoir fiscal*, veniva smentita dalla diffusione del *contrat fiscal*.

⁵⁵¹ J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, op. cit., p. 3.

Si suole perciò distinguere⁵⁵² tra le convenzioni con cui l'autorità cede, per effetto di rinuncia o di delega, le proprie funzioni ad un terzo; gli accordi con cui l'amministrazione titolare di un potere discrezionale si obbliga ad adottare in futuro una determinata decisione; le ipotesi in cui l'amministrazione ricorre alla convenzione anziché agire per via unilaterale.

Come si vedrà, proprio nelle ultime due ipotesi sembrerebbe potersi ravvisare se non un'uguaglianza almeno una forte somiglianza con gli accordi amministrativi integrativi e sostitutivi del provvedimento.

Prima di passare ad una loro analisi, sembra perciò necessario registrare un dato incontrovertibile: nonostante la posizione contraria della giurisprudenza, le pubbliche amministrazioni francesi facevano sovente ricorso all'accordo con il privato per il perseguimento di utilità pubbliche, mediante soddisfazione dell'interesse del singolo.

2.1. Il divieto di trasferire ad un terzo l'esercizio di un potere pubblico.

In questa prima fattispecie sono fatte rientrare tanto le convenzioni con cui l'amministrazione "aliena" per negozio la propria competenza, con conseguente rinuncia all'esercizio del potere, tanto quelle in cui essa ne fa oggetto di delega.

Entrambe le ipotesi ricadrebbero sotto la sanzione della nullità, e ciò sia che la controparte sia un soggetto privato sia che si tratti di un soggetto pubblico. La ragione risiederebbe nel principio generale secondo cui, in assenza di diversa previsione legislativa, l'autorità non può disporre liberamente delle competenze che le vengono attribuite dalla legge.

Nella prima ipotesi, relativa alla rinuncia mediante negozio all'esercizio delle proprie funzioni, invero, non sarebbe il ricorso al contratto ad essere illegittimo, quanto l'atto della rinuncia al potere in sé considerato, quale che sia il mezzo impiegato⁵⁵³. La pronuncia che si suole citare in proposito è proprio *Ville de Castelnaudary*⁵⁵⁴, con cui venne annullata la convenzione mediante la quale il Comune di Castelnaudary aveva affidato lo svolgimento del servizio di *police rurale* a degli agenti privati, forniti da una associazione di proprietari.

Il *Conseil d'Etat*, vedendovi una rinuncia dell'amministrazione ad esercitare proprie competenze, ebbe a precisare, in quell'occasione, che «*le service de la police rural, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration...en confiant la charge de ce service à une fédération de propriétaires privés le Conseil municipal de Castelnaudary a excédé ses pouvoirs*»⁵⁵⁵.

⁵⁵² Si veda anche L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 58.

⁵⁵³ Sulla c.d. *renonciation*, vd. C. BLUMANN, *La renonciation en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1974; J.-M. AUBY, *La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français*, in *Travaux Assoc. H. Capitant*, t. XIII, p. 491 e ss.

⁵⁵⁴ C.E. 17 juin 1932.

⁵⁵⁵ Del tutto simile a questo caso, ma in materia di prevenzione degli incendi, è C.E. 24 décembre 1909, *Commune de Bassée*. Vd anche C.E. 18 décembre 1935, *Sieur Prade*, che dichiara nulle di diritto le

Ma non si sottraevano alla declaratoria di nullità neppure i diversi casi di delega di funzioni mediante ricorso alla convenzione.

Così, per esempio, furono annullate le disposizioni di un *cahier des charges* di una concessione, con cui lo Stato aveva trasferito ad un altro soggetto pubblico, un *syndicat intercommunal*, insieme alla gestione ed allo sfruttamento di una parte del fiume Loiret, il potere di disciplinare e riconoscere il diritto di pesca. La concessione, secondo il giudice, non poteva avere «*ni pour objet ni pour effet de transférer a cet établissement l'exercice des droits de puissance publique qui appartiennent à l'Etat*»⁵⁵⁶.

Se ne doveva dedurre che se un trasferimento di una competenza in materia di pesca da un soggetto pubblico ad un altro era invalido, *a fortiori* doveva ritenersi tale anche una convenzione che determinasse un simile effetto a favore di un privato⁵⁵⁷.

Il *Conseil d'Etat* dichiarando la nullità di queste convenzioni non faceva altro che rammentare alle amministrazioni il loro dovere di esercitare in maniera effettiva le competenze ricevute dalla legge dello Stato. Tanto la cessione quanto il trasferimento mediante delega erano impossibili per l'ordinamento giuridico francese, salva diversa disposizione normativa. D'altronde, se la cessione di una competenza, generalmente compiuta a favore di un privato, doveva ritenersi esclusa in assoluto; un trasferimento di competenze da un soggetto pubblico ad un altro era in linea di massima tollerabile, purché esso fosse attuato mediante atto unilaterale e sempre nei limiti dell'abilitazione legislativa⁵⁵⁸. Come si vedrà più avanti, però, simili conclusioni saranno destinate a cedere a partire dagli anni 1982-1983, una volta fiorito il processo di *décentralisation*⁵⁵⁹.

2.2. Il divieto di obbligarsi sul contenuto di una decisione futura.

Ma perseguendo nell'intento di ravvisare le ragioni per cui non è possibile dare nel diritto pubblico francese accordi amministrativi tra p.a. e privato, è a questa seconda categoria che occorre prestare maggiore attenzione. Non sarebbe infatti del tutto errato ravvisarvi altrettante ipotesi di accordi endoprocedimentali, preparatori del successivo contenuto del provvedimento.

Più comunemente definito con l'espressione di «*pacte sur une décision future*»⁵⁶⁰, questo secondo tipo di convenzione ricorrerebbe tutte quelle volte in cui

convenzioni con cui il sindaco di un Comune intese «*céder ses pouvoirs de police*» e TA de Clermond-Ferrand, 1 juillet 1960, *Dame Geneix*, ove l'amministrazione aveva rinunciato ad esercitare i propri poteri di controllo, delegandoli agli organizzatori di una manifestazione sportiva.

⁵⁵⁶ C.E. 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*.

⁵⁵⁷ C.E. 30 septembre 1983, *Fédération départementale des associations agréés de pêche de l'Ain*, sull'impossibilità di trasferire alla *Compagnie nationale du Rhône* il diritto di disciplinare e riconoscere il diritto di pesca.

⁵⁵⁸ M. DEGOFFE, J. - D. DREYFUS, *Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité*, op. cit., p. 807.

⁵⁵⁹ Per questa aspetti si veda J. - D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personne publiques*, L'Harmattan, 1997.

⁵⁶⁰ L'espressione fu impiegata per la prima volta proprio da J. Moreau, op. cit., p.10.

l'amministrazione si obbliga a *donner satisfaction* al privato, attraverso il rilascio di autorizzazioni o altre attività di favore.

Così facendo, l'amministrazione si impegnerebbe ad assumere in futuro una determinata decisione, vincolandosi, in particolare, relativamente al suo contenuto. L'effetto prodotto sarebbe perciò un autovincolo del soggetto pubblico, che si obbliga, per tale via, ad esercitare il proprio potere secondo modalità consensualmente definite⁵⁶¹. A cosa accostare questa fattispecie se non ad un accordo amministrativo sul contenuto del provvedimento?

Benché in questo caso *l'abandon de souveraineté* è minore rispetto alle ipotesi precedenti, anche questo tipo di convenzione venne ripetutamente dichiarato illegittimo ed inammissibile dal *Conseil d'Etat*.

L'occasione di pronunciarsi in queste ipotesi veniva spesso data al giudice dai ricorsi per eccesso di potere, proposti dai privati avverso determinazioni unilaterali, con cui le amministrazioni venivano meno ad impegni precedentemente assunti per via di accordo.

Nell'*affaire Leveneue* fu sottoposta all'attenzione del Consiglio di Stato una convenzione tra un privato ed un comune, avente ad oggetto l'aiuto economico del primo per l'acquisto di un terreno da parte del secondo, in cambio di un impegno dell'amministrazione a non impedire l'accesso alle automobili nei pressi dell'albergo della controparte. Qualche mese dopo la stipula, il comune disattendeva la convenzione, disciplinando in maniera completamente difforme la gestione del traffico nell'area interessata.

Leveneue ricorse al giudice, ma il Consiglio di Stato riconobbe la legittimità dell'operato dell'amministrazione, in quanto «*l'engagement contractuel pris par la commune de Pontmain de ne pas empêcher l'accès des voitures et le libre usage du trattoir devant l'hôtel du sieur Leneveue ne pouvait enlever au maire l'exercice de son pouvoir de police et notamment le droit de réglementer le stationnement sur la place publique dans l'intérêt général*»⁵⁶².

Ma è soprattutto nel diritto urbanistico che ricorrono con più frequenza questo tipo di accordi, pur sempre dichiarati inammissibili dal g.a.. Rinviando al prossimo capitolo per una più completa trattazione della casistica, nella quale è possibile intravedere la

⁵⁶¹ Secondo J. Moreau, nelle ipotesi di *pacte sur un décision future* non sarebbe in gioco tanto il carattere indisponibile e dunque inalienabile delle competenze, quanto la questione della rinuncia ad un esercizio del potere pieno e scevro da vincoli di sorta. Il contratto o la convenzione con la quale l'autorità si impegna a rilasciare un'autorizzazione o un permesso deve essere concepito come un abbandono volontario, come una rinuncia, appunto, all'esercizio discrezionale del potere, così come riconosciuto dalla legge al soggetto pubblico. Il privato, a fronte dell'assunzione di un impegno di questo tipo, si vedrebbe riconoscere un «*droit à l'acte, c'est-à-dire à l'édition et au contenu de la décision sollicitée*», ciò che non sarebbe concepibile per il diritto francese. Vi sarebbe quindi un'incompatibilità ed una contraddizione insormontabile tra il mezzo utilizzato (l'accordo) e il fine legale assegnato all'amministrazione. Il contratto dà luogo ad una relazione giuridica bilaterale di diritti ed obblighi reciproci in capo all'amministrazione e all'amministrato, che non potrebbero riprodursi né essere tollerati nella tutela dell'ordine pubblico. Cfr. J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, op. cit., p. 11.

⁵⁶² C.E. 5 novembre 1913, *Leneveue*.

fisionomia di altrettante convenzioni urbanistiche, qui ci limitiamo a ricordare una delle sentenze più significative, *Société des établissements Lick et Brevets Paramount*⁵⁶³.

Essa originava dal rifiuto del Ministro della Ricostruzione di dare seguito ad un accordo con cui si era impegnato a rilasciare un permesso di costruire a favore di una società. Anche qui il ricorso per eccesso di potere fu ritenuto infondato dal giudice amministrativo, la convenzione fu dichiarata nulla e destituite di fondamento le pretese del privato. Tuttavia il giudice obbligò l'amministrazione ad indennizzare la società, in quanto per sua colpa aveva «*signant une convention à une date et dans un domaine où il ne pouvait valablement se lier par voie de négociation vis-à-vis d'un administré, dans l'exercice d'un pouvoir de décision dont les limites ne peuvent résulter que de la loi ou du règlement*». La sentenza inaugurò una giurisprudenza secondo la quale ogni qual volta l'amministrazione si obbliga mediante un contratto che è tale solo in apparenza, perché illegittimo e vietato, essa sarà tenuta a corrispondere un indennizzo al privato, che abbia subito un pregiudizio a causa del legittimo affidamento ingenerato dal comportamento dell'amministrazione⁵⁶⁴.

2.3. Il divieto di sostituire l'accordo all'atto unilaterale.

Infine, il divieto per il soggetto pubblico di ricorrere al contratto o, meglio, a forme più tenui di natura consensuale, ricorreva in tutte le ipotesi in cui la legge disponeva espressamente che le amministrazioni dovessero agire per via unilaterale⁵⁶⁵. Ne discendeva, allora, un divieto implicito di *sostituire* l'accordo con il privato all'atto amministrativo. Nessuna possibilità di surrogare l'atto unilaterale con uno consensuale era possibile.

Non può non notarsi la prossimità concettuale tra il divieto in parola ed altrettante ipotesi (negate) di accordi amministrativi sostitutivi del provvedimento. Ed infatti laddove nel nostro ordinamento, così come in quello tedesco, si riconosce una facoltà dell'amministrazione di ricorrere all'accordo tutte le volte in cui una determinazione unilaterale sarebbe meno congrua per la cura dell'interesse pubblico, secondo il filone giurisprudenziale in analisi vigerebbe la regola opposta, ossia, salvo che sia disposto dalla legge, l'amministrazione non può che agire per atto unilaterale.

Per meglio intendere la portata di queste considerazioni possiamo riferirci alla sentenza, ampiamente citata nei testi francesi, *Assoc. Les amis de la Terre*, in cui il *Conseil d'Etat* annullò alcune convenzioni stipulate dal Ministero dell'Ambiente con alcune industrie, per la definizione consensuale di un programma di interventi di bonifica. La motivazione era lapidaria: «*la police des établissements dangereux, insalubres et incommodes, sous l'empire de la loi du 19 décembre 1917, la police des*

⁵⁶³ T.A. Paris 22 novembre 1960.

⁵⁶⁴ J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁶⁵ Cfr. A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, *op. cit.*, p. 52-53.

installations classées pour la protection de l'environnement, sous l'empire de la loi du 19 juillet 1976, ne peuvent faire l'objet d'accords contractuels»⁵⁶⁶. Le leggi applicabili nel caso concreto, secondo il giudice, abilitavano l'autorità amministrativa ad adottare unicamente misure di carattere unilaterale, per cui le convenzioni stipulate con i privati dovevano ritenersi del tutto illegali.

Altro esempio riconducibile al divieto di sostituire l'accordo al provvedimento è dato proprio da quei casi, esaminati nel capitolo precedente, in cui l'amministrazione negoziò con i privati i prezzi dei beni sul mercato francese, in contrasto con l'*ordonnance du 30 juin 1945* che prescriveva l'esercizio di poteri unilaterali⁵⁶⁷.

Anche in materia di demanio pubblico la determinazione della sola autorità amministrativa veniva intesa come l'unica conforme al diritto, ogni accordo di natura convenzionale tra questa e i privati era nullo e non vincolante⁵⁶⁸.

Lo stesso divieto ricorreva, del resto, nel caso in cui l'amministrazione era titolare di poteri di natura regolamentare, rimanendo esclusa anche in tale ipotesi la possibilità di «*substituer à l'exercice de ce pouvoir une méthode d'action reposant sur des accord contractuels*»⁵⁶⁹. In altri termini, quando l'autorità deve esercitare una potestà regolamentare non può che farlo per il tramite di atti unilaterali, non disponendo di una facoltà di scelta circa lo strumento da utilizzare, salvo che non sia la legge a prevederlo.

Ed invero, proprio intorno agli anni '60 fiorì una produzione legislativa che autorizzò lo Stato a concludere delle convenzioni con gli istituti scolastici privati e sui quali la dottrina argomentava per riconoscere valore alle *conventions à effets réglementaires* o alla teoria dell'*acte mixte*⁵⁷⁰. Ma al di fuori di questi casi, il ricorso a strumenti negoziali rimaneva pur sempre escluso.

In materia di insegnamento e formazione professionale nel settore dell'agricoltura, la *loi du 2 août 1960* e il *décret du 30 avril 1963* riconoscevano, per esempio, esclusivamente una potestà regolamentare in capo all'amministrazione. Fu, però, per via di convenzione che il Ministro dell'Istruzione organizzò il relativo regime scolastico, ed in particolare il sistema degli aiuti finanziari statali a favore delle scuole private, il controllo sulle stesse, il diritto allo studio degli iscritti e la disciplina delle relative borse di studio.

⁵⁶⁶ C.E. 8 mars 1985, che così continua: «*lorsque la loi a conféré un pouvoir réglementaire à une autorité administrative, celle-ci est tenue d'agir au moyen de prescriptions unilatérale et ne peut pas prendre légalement des engagements contractuels qui pourraient ensuite être invoqués par les administrés et risqueraient de faire obstacle aux adaptations nécessaires de la réglementation*».

⁵⁶⁷ C.E. 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements pièces de rechange et outillage*; C.E. 23 octobre 1974, *Valet*; C.E. 4 juillet 1975, *Syndicat du commerce de la chaussure*. Si veda per una più completa ricognizione giurisprudenziale Cap. 1, par. 1.4., Parte II, del presente lavoro.

⁵⁶⁸ CE 20 juin 1975, *Leverrier*; CE 10 décembre 1982, *Epx Pagotto*; CE 20 septembre 1990, *Commune de Cabesse*.

⁵⁶⁹ C.E. 20 janvier 1978, *Syndicat National de l'enseignement technique agricole public*.

⁵⁷⁰ Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, op. cit., p. 193 e ss.

Il C.E. annullò la convenzione in quanto «*dans la mesure où elle [une situation] est fixée par des lois et règlements, ne peut faire l'objet d'accords contractuels*»⁵⁷¹.

In definitiva, quando l'amministrazione negozia in un ambito riservato all'esercizio esclusivo di poteri unilaterali o regolamentari, l'accordo non può che essere espunto dall'ordinamento tramite apposita declaratoria del giudice.

3. «*L'essor du concept contractuel*».

Secondo il *Conseil d'Etat* quindi nessuna forma di contrattazione o di negoziazione tra l'amministrazione ed il privato poteva né ammettersi né essere legittima. Sia che l'amministrazione si impegnasse ad emanare un provvedimento il cui contenuto veniva convenzionalmente definito col privato, a fronte di prestazioni di carattere pubblico di quest'ultimo; sia che l'amministrazione prediligesse lo strumento *souple* dell'accordo per disciplinare attività in collaborazione con imprese o altri soggetti economici, in vista del perseguimento di finalità a carattere generale, la sanzione restava unica ed imperitura: la nullità.

Nell'esercizio delle proprie competenze il soggetto pubblico deve ricorrere all'atto unilaterale. L'uso dell'accordo non è regolare, né ammesso, salvo che non sia la stessa legge ad autorizzarlo.

Il divario tra la realtà amministrativa e la giurisprudenza è forte. E le contraddizioni insite nel sistema non sono certo destinate ad attenuarsi nel periodo più recente. Da un lato, il fenomeno de *l'administraton contractuelle*, la diffusione di *conventions*, il ricorso a forme di negoziazione preventiva delle decisioni dell'amministrazione, la pervasiva presenza di *actes négociés* e di *accords contractuels* conoscono, soprattutto a partire dagli anni Ottanta, una forte accelerazione; dall'altro, la tendenza del giudice amministrativo, salva qualche timida apertura, resta ancorata a rigide posizioni negazioniste.

3.1. *La fioritura delle convenzioni dopo le prime riforme sul decentramento.*

«*L'accord qui peut exister entre deux parties est une situation de fait, qui n'accède pas nécessairement au droit*» notava all'inizio degli anni Novanta L. Richer⁵⁷² in un convegno dal titolo «*Puissance ou impuissance publique*», il cui interrogativo di fondo era se lo Stato potesse ancora ricorrere ai propri poteri autoritativi o se, al contrario, la decisione amministrativa stessa non si fosse ormai di fatto trasformata in un vasto processo di negoziazioni.

⁵⁷¹ C.E. 20 janvier 1978, *Syndicat National de l'enseignement technique agricole public*. Del medesimo avviso era del resto anche il *Conseil Constitutionnel*, che esclude che l'esercizio delle potestà regolamentari dell'amministrazione potesse costituire l'oggetto, ovvero essere subordinato alla conclusione di una convenzione, vd. C.C. 27 juillet 1978.

⁵⁷² L. RICHER, *Présence du contrat*, in A.J.D.A. 1999, p. 34.

Non si poteva fare a meno di notare infatti come i provvedimenti delle amministrazioni fossero sempre preceduti da forme più o meno strutturate di contrattazione con i privati. Occorreva dare un nome giuridico a questo fenomeno: se di contratto o convenzione, se di dialogo sociale o di concertazione⁵⁷³.

Quale che fosse l'atteggiamento della giurisprudenza, l'uso crescente del dialogo con i privati nel processo di formazione ed applicazione della decisione rappresentava ormai una delle nuove manifestazioni dell'azione pubblica.

Sceso dal piedistallo su cui era stato posto durante l'epoca moderna, l'atto unilaterale dell'amministrazione cessava di essere portatore unico dell'interesse pubblico⁵⁷⁴, e il mito di una sua formulazione astratta ed autoritaria cedeva a meccanismi di concreta, pragmatica, concertata o contrattata determinazione insieme al privato⁵⁷⁵.

Il ricorso a *procédures de discussion préalable à la décision*, che presentavano la parvenza di vere e proprie negoziazioni con i singoli, aveva ormai creato nuovi circuiti di elaborazione della decisione amministrativa⁵⁷⁶, collocati entro la cornice di un nuovo *droit négocié*⁵⁷⁷.

Alle forme di negoziazione in funzione preparatoria del provvedimento amministrativo, del resto, andavano accompagnandosi anche diverse ed ulteriori ipotesi di partecipazione dei cittadini alla formazioni della decisione pubblica. Basti qui pensare

⁵⁷³ Y. JEGOZO, *L'administration contractuelle en question*, in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits, Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Dalloz, Paris, 2004, p. 544. Sulla necessità di distinguere tra *contrat* e *convention*, cfr. J. MOREAU, *Les matières contractuelles*, in *A.J.D.A.*, 1998, p. 747: «On sait en effet qu'existe une sorte de mode contemporaine qui habille du terme «contrat» des procédures de concertation, qui présupposent ou expriment des accords de volontés de la part de personnes publiques, mais qui n'entraînent pour elles aucun effet juridiquement obligatoire que l'on pourrait leur opposer ou dont elles pourraient se prévaloir. Le mot «contrat» est alors quelque peu dévoyé, et il serait préférable de parler de «convention».

⁵⁷⁴ «L'intérêt général n'est plus que le résultat d'une hiérarchie entre les intérêts publics et/ou privés, établie par référence à une table de valeurs légitimée de manière substantielle et procédurale». Cfr. H. ZEGHIB, *Le contrat dans l'action publique. Retour sur une pratique établie*, in *Mél. Guibal, op. cit.*, t. II, p. 613 e ss. Si veda altresì, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2004.

⁵⁷⁵ «La formulation de l'intérêt général dans ce contexte de négociation, de participation et de contractualisation se présente de plus en plus comme une combinaison entre les intérêts de la sphère publique et ceux de la sphère privée et invite à en donner une définition procédurale». G. CLAMOUR, *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics*, in *Mél. Guibal, op. cit.*, t. II, p. 671 e ss.

⁵⁷⁶ «Les dynamiques de la contractualisation de l'action publique et de la diffusion de la délibération préalable des actes unilatéraux reposent ainsi toutes deux sur l'ouverture de la décision publique au dialogue, conçu comme une méthode de légitimation de choix publics». Cfr. P. IDOUX, *Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique*, in *Mél. Guibal, op. cit.*, t. II, p. 547 e ss.

⁵⁷⁷ J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne?*, in J. CLAM, J. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., coll. *Droit et société, Recherches et travaux eu réseau européen droit et société, maison des Science de l'Homme*, n° 5, 1998, p. 21 e ss.; J. CAILOSSE, *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration*, in L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 89 e ss.

alle notissime *enquêtes publiques*, disciplinate per la prima volta proprio in quei medesimi anni dalla *loi du 12 juillet 1983* e dalla *loi 18 juillet 1985*⁵⁷⁸.

Il *Rapport «Vivre ensemble»* del 1976, redatto dalla *Commission de développement des responsabilités locales*, del resto, già aveva osservato che «*l'utilité de la procédure contractuelle est incontestable pour l'adaptation de l'action administrative à la vie moderne*»⁵⁷⁹.

Nonostante perciò il fermo divieto della giurisprudenza, il ricorso agli accordi e la partecipazione dei cittadini al concreto farsi dell'azione pubblica conoscono dagli anni Ottanta in poi una forte accelerazione.

E, non a caso, chi guarda al XX secolo con spirito d'analisi, individua proprio nel suo ultimo ventennio *l'essor du concept contractuel*⁵⁸⁰.

Dopo la prima fase, cui abbiamo dedicato il primo capitolo definita de *l'économie contractuelle* ed ascrivibile al periodo databile all'incirca tra la fine degli anni Cinquanta e l'inizio degli anni Ottanta, una seconda se ne apre.

Il fattore principale di cambiamento è ravvisato proprio negli effetti dirompenti che le prime riforme sul decentramento territoriale produssero sull'architettura amministrativa francese.

Al disegno uniforme di collettività territoriali poste sotto la tutela dello Stato⁵⁸¹, e all'immagine di rapporti gerarchici e discendenti tra lo Stato medesimo e i suoi cittadini, si sostituivano un paesaggio istituzionale di collettività locali autonome e libere di amministrarsi⁵⁸².

Il dato più importante prodotto da *l'Acte I de la décentralisation* era stato la messa in discussione della preminenza di uno Stato che agisce per via unilaterale e d'imposizione. La complessità del *millefeuille* francese, la necessità di coordinare la *clause générale de compétence* con la pluralità di funzioni amministrative di cui le collettività territoriali furono investite⁵⁸³, fecero il resto.

⁵⁷⁸ Cfr. J.-C. HELIN, R. HOSTIOU, Y. JEGOUZO (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Paris, Economica, 1986.

⁵⁷⁹ Cfr. J.D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, *op. cit.*, p. 208.

⁵⁸⁰ L. RICHER, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, in A.J.D.A.2003, p. 973 e ss..

⁵⁸¹ La *loi du 7 janvier 1983* proclamava: «*Les régions, départements et communes concourent avec l'Etat à l'administration du territoire national au développement et à l'aménagement*».

⁵⁸² M. HECQUARD-THERON, *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, in A.J.D.A., 1003, p. 452 ; R. DENOIX DE SAINT MARC, *La question de l'administration contractuelle*, in A.J.D.A. 2003, p. 970 e ss..

⁵⁸³ Il tentativo di attuare il *principe des blocs de compétences*, posto dall'art. 3 della *loi du 7 janvier 1983* – ai sensi del quale «*La répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat s'effectue dans la mesure du possible en distinguant celles qui sont mise à la charge de l'Etat et celles qui sont dévolues aux communes, aux départements et aux régions, de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes soient affecté en totalité soit à l'Etat, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions*» – si scontrava con la presenza della *clause générale de compétence* che, correlandosi ad un diritto originario delle collettività territoriali ad auto-amministrarsi, le abilita da sempre ad intervenire in tutte le materie in cui si faccia questione di un interesse del proprio territorio, aldilà dei limiti di competenza legislativamente predeterminati.

Soprattutto gli anni tra il 1982 e il 1992 videro, infatti, il diffondersi di un vasto numero di convenzioni tra lo Stato e le collettività territoriali, volte a favorire ed attuare il decentramento. I *Contrats de plan Etat-région* del IX Plan (1984-1988) divenivano lo strumento per eccellenza della pianificazione del Paese; la *loi du 29 juillet 1982* e la *loi du 7 janvier 1983* avevano previsto l'impiego di convenzioni per la messa a disposizione di servizi e risorse da parte dello Stato, mentre la cooperazione contrattuale tra le collettività territoriali avveniva attraverso apposite *chartes intercommunales de développement et d'aménagement*. Ad esse si aggiungeranno ben presto le *chartes de pays* e i *contrats d'agglomération* della successiva *loi d'orientation du 25 juin 1999 pour l'aménagement et le développement durable du territoire*. Già la *loi du 13 juillet 1991* aveva invece istituito i *contrats de ville*⁵⁸⁴.

Lo stesso *Conseil Constitutionnel* si esprimeva, ora, a favore del ricorso alle convenzioni nell'esercizio delle competenze amministrative da parte dello Stato e delle collettività territoriali: «*aucune principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'actions des administrations de l'Etat, d'une part, et des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur son dévolues en vertu de la Constitution et de la loi*»⁵⁸⁵.

Gli enti locali, da parte loro, dotati ora di una nuova legittimazione, procedevano a sperimentare nuove forme di accordo anche con i propri cittadini, entro gli spazi di maggiore autonomia riconosciuti loro. Lo stesso *principe de libre administration* di cui all'art. 72 della Costituzione del 1958, veniva adesso interpretato da alcuni come il fondamento della *liberté contractuelle* da riconoscersi alle collettività locali⁵⁸⁶. E il contratto, nella sua espressione più lata, conosceva nuovi approdi.

Proprio prendendo atto del conflitto nascente, alcuni affermarono che quest'ultima non avrebbe avuto più ragione d'essere dopo l'enumerazione e la specificazione delle competenze di regioni, dipartimenti e comuni, compiute proprio dalla *loi du 7 janvier 1983*. Si arroccarono sul versante dell'abrogazione implicita ad opera della legge medesima tra gli altri, M. FROMONT, *La nouvelle répartition des compétences entre l'État, les régions, les départements en France*, RISA 1987, p. 599 ss.; P. BERNARD, *Les relations contractuelles entre collectivités territoriales: les affaires mixtes ou l'oeuvre commune*, in A.J.D.A. 1990, p. 131 ss. Sostenero, invece, la sua piena riconferma J.-M. PONTIER, *Semper manet. Sur une clause générale de compétence*, RD publ., 1984, p. 1443 e ss.; F. MODERNE, *Les principes généraux*, in J. MOREAU, G. DARCY (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Ed. Economica, Paris, 1984, p. 100 e ss.; p. 108 ss. Quest'ultima tesi, del resto, fu quella accolta dallo stesso *Conseil d'État*, vd. CE 11 oct. 1989, *Cne Gardanne, Cne Miramas e Cne Port-Saint.- Louis du Rhône*.

⁵⁸⁴ Cfr. J.H. SUEUR, *Développement local et droit négocié: l'expérience des chartes intercommunales d'aménagement ed de développement*, in RDP 1988, p. 199 e ss.; E. FATOME-J. MOREAU, *L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation*, in A.J.D.A., 1990, p. 142 E SS; G. MARCOU, *La loi d'orientation du 25 juin 1999 pour l'aménagement et le développement durable du territoire*, in *Annuaire Français de droit de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 9 e ss.; ID., *Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs*, in AJDA 2003 p. 982 e ss..

⁵⁸⁵ C.C. du 19 juillet 1983, n° 83 DC, a proposito della convenzione fiscale tra lo Stato francese e la Nuova Caledonia. Cfr. F. MODERNE, *Les principes généraux, op. cit.*, p. 103 e ss..

⁵⁸⁶ Cfr. per questi aspetti D. TURPIN, *La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle*, in *Mèl. Guibal*, t. I, p. 63 e ss.; nonché i numerosi contributi del Dossier A.J.D.A. del 1998 dedicato al tema. Si

E' *l'époque du tout contractuel*⁵⁸⁷, del *pan-contractualisme*⁵⁸⁸ e dell'*idéologie du contrat*⁵⁸⁹.

L'azione sociale e il sostegno alle imprese, la tutela dell'ambiente e l'urbanistica, la cultura e la promozione della ricerca, tutti i campi d'intervento pubblico si sviluppavano tramite politiche contrattuali⁵⁹⁰.

A titolo di esempio, la *loi du 5 janvier 1988* in materia di aiuti economici, autorizzava i dipartimenti ad intervenire in favore delle imprese in difficoltà, prevedendo espressamente il ricorso alla convenzione⁵⁹¹.

Ma il contratto guadagnava spazi anche nelle *matières régaliennes*, insinuandosi sempre più nell'ambito delle c.d. *operations matérielle de police*, man mano che questa veniva assimilata al *service public*⁵⁹².

Distinguendo, infatti, all'interno dei *pouvoirs de police* la *souveraineté* e la *gestion*, si ammetteva ora con una certa condivisione che le funzioni a carattere meramente operativo non si potessero sottrarre per principio al "*procédé contractuel*"⁵⁹³. Ne derivava anche un'attenuazione del dogma dell'incompatibilità tra *police* e *contrat*⁵⁹⁴ e la stessa delega delle funzioni di sorveglianza e vigilanza a soggetti privati, se pure faceva sorpresa, non scandalizzava più⁵⁹⁵.

Così, dopo il ricorso all'accordo nel settore dell'economia degli anni Sessanta-Settanta, dopo la proliferazione delle convenzioni tra soggetti pubblici a seguito delle

vedano, in particolare, C. BRECHON-MOULENES, *La liberté contractuelle des personnes publiques*, in A.J.D.A. 1998, p. 643; E. PICARD, *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?*, in A.J.D.A. 1998, p. 651 e ss.; B. STIRN, *La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif?* in A.J.D.A. 1998, p. 673 e ss..

⁵⁸⁷ L. RICHER, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, *op. cit.*, p. 974.

⁵⁸⁸ F. MODERNE, *L'évolution récente du droit des contrats administratifs: les conventions entre personnes publiques*, in RFDA 1985, p. 1.

⁵⁸⁹ J. CAILOSSE, *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration*, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁹⁰ Cfr. J. CHEVALLIER, *Loi et contrat dans l'action publique*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17 (*Dossier: Loi et contrat*), mars 2005. Si veda altresì il volume interamente dedicato al fenomeno di B. BASDEVANT-GAUDEMET, *Contrat ou institution: un enjeu de société*, L.J.D.G., Paris, 2004.

⁵⁹¹ Cfr., M. HECQUARD-THERON, *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, *op. cit.*, p. 453.

⁵⁹² J. PETIT, *Nouvelles d'une antinomie: contrat et police*, *op.cit.*, p. 358; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15° éd., Montchrestien, Paris, 2001, p. 697.

⁵⁹³ J. MOREAU, *Les matières contractuelles*, *op. cit.*, p. 748;

⁵⁹⁴ Vd. Per questi aspetti J. PETIT, *Nouvelles d'une antinomie: contrat et police*, *op. cit.*, p. 355 e ss.; J.B. Auby, note sous C.E. 1 avril 1994, *Commune de Menton*, in RDP 1994, p. 1825ess.; R. DENOIX DE SAINT MARC, *La question de l'administration contractuelle*, in A.J.D.A. 2003 p. 970 e ss.; E. LEMAIRE, E. *Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police*, in RFDA 2009 p. 767 e ss.; L. MOREAU, *La contractualisation de l'exercice de la police administrative*, in *Mél. Guibal*, *op. cit.*, t. II, p. 171 e ss.. E in giurisprudenza, C.E. 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*; C.E. 27février 2004, *Mme Popin*.

⁵⁹⁵ E. LEMAIRE, *Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police*, *op. cit.*, p. 767 e ss.; L. RICHER, *Présence du contrat*, in A.J.D.A. 1999, p. 34 e ss..

riforme dell'amministrazione territoriale degli anni Ottanta, il ricorso a tecniche consensuali sembrava, alla fine del secolo, non conoscere più frontiere⁵⁹⁶.

E il tema del confine tra *contrat* e *acte unilatérale* riprendeva nuovo vigore nella dottrina: *actes unilatéraux négociés*, *actes négociés*, *actes négociés contractuels*, *accords contractuels*, *actes normatifs bilatéraux*, *conventions de police*,... non si poneva ormai limite alle classificazioni dogmatiche⁵⁹⁷.

3.2. *La conferma della nullità e la riqualificazione giuridica delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico nella giurisprudenza più recente.*

Ma se si sposta l'attenzione alla casistica giurisprudenziale più recente, il quadro non muta. A partire dagli anni Novanta, le posizioni unilaterali del *Conseil d'Etat* sono arricchite però da una nuova tendenza. Da un lato, infatti, il giudice tende a confermare l'orientamento tradizionale circa la nullità degli accordi tra pubblica amministrazione e privato; dall'altra, si intravede un nuovo atteggiamento. Anziché infatti ritenere invalide le convenzioni, il giudice fa talvolta salvo il rapporto giuridico sottostante, procedendo ad una riqualificazione giuridica dell'atto, pur sempre in senso unilaterale.

Se pure non può non ritenersi questa nuova soluzione un temperamento alle consuete rigide posizioni manifestate nel passato, certamente il giudice non pare cedere alcuno spazio al principio di consensualità nell'azione delle pubbliche amministrazioni francesi⁵⁹⁸.

Conferma quest'impressione, del resto, il fatto che nelle sentenze di questo periodo, il Consiglio di Stato si impegna in una precisazione delle conseguenze derivanti dalla stessa declaratoria di nullità, quando ritenga opportuno procedere in tal senso.

Viene così anzitutto escluso che il privato possa pretendere l'esecuzione di un contratto che è nullo *ab origine*, e che pertanto possa vedere condannata l'amministrazione ad eseguire la propria prestazione. D'altro canto, lo stesso inadempimento ad obblighi dedotti in un negozio impossibile non può dar luogo a responsabilità contrattuale: il disconoscimento di un'obbligazione nulla non può fondare *une faute contractuelle* del soggetto pubblico⁵⁹⁹. E tantomeno l'emanazione di una decisione amministrativa unilaterale contraria a precedenti pattuizioni con il privato, può essere valutata sotto il profilo dell'eccesso di potere⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ P. IDOUX, *Dynamique contractuelle et dynamique délibérative*, op. cit., t. II, p. 548.

⁵⁹⁷ Vd E. PICARD, *La notion de police administrative*, op.cit., p. 754 e ss.; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 493; F. FERAL, *Contrat public et action publique: au cœur d'une administration régulatrice*, op. cit. p. 537.

⁵⁹⁸ Del resto la stessa dottrina che si è occupata del tema ha intravisto in questa nuova tendenza del *Conseil d'Etat* l'apparizione di un nuovo tipo di sanzione, da affiancarsi a quella generale della nullità. Cfr. J. PETIT, *Nouvelles d'une antinomie: contrat et police*, op. cit., p. 350 e ss..

⁵⁹⁹ C.A.A. Lyon, 31 décembre 1993, *Epoux Eymain-Mallet*.

⁶⁰⁰ Così già si era espresso il giudice del Tribunale amministrativo di Parigi, T.A. Paris 22 novembre 1960, nella già citata sentenza, *Société des établissements Lick et Brevets Paramount*: «*Qu'en signant la convention du 31 mai 1954 (aux termes de laquelle le ministre de la Construction s'était engagé à*

Talvolta però il giudice riconosce un indennizzo a chi ha subito un pregiudizio, a causa del legittimo affidamento serbato nell'accordo concluso con l'amministrazione⁶⁰¹; talaltra dispone la ripetizione delle prestazioni ricevute da quest'ultima, in particolare quando queste abbiano ad oggetto il versamento di una somma di denaro da parte del privato. Ciò che, a ben vedere, altro non sarebbe che l'effetto normale della retroattività della declaratoria di nullità del contratto⁶⁰². In altri casi ancora, il giudice amministrativo ravvisa una responsabilità amministrativa del funzionario che abbia dato corso ad un contratto per sua natura impossibile⁶⁰³.

Ma, come detto, è un'altra tendenza quella che spesso contraddistingue la giurisprudenza più recente⁶⁰⁴. È stato osservato⁶⁰⁵, infatti, che il giudice, soprattutto in presenza di *pactes sur une décision future*, anziché annullare il contratto procede ad una sua riqualificazione, o considerandolo semplicemente come un atto amministrativo unilaterale oppure ammettendo una forma di accordo, non vincolante e a carattere meramente preparatorio, rispetto alla successiva determinazione dell'amministrazione, sia poi, quest'ultima, un provvedimento oppure un regolamento⁶⁰⁶.

Ciò non farebbe che confermare la perdurante ed insormontabile validità delle tradizionali posizioni della giurisprudenza amministrativa francese. Se pure le amministrazioni fanno frequente ricorso nella prassi a convenzioni propriamente intese, in taluni casi anche più o meno velatamente legittimate dallo stesso legislatore, l'ostacolo posto dal giudice resta insuperabile. L'interpretazione della fattispecie in senso unilaterale e la riqualificazione del *nomen iuris* alla stregua di un mero atto amministrativo continuano ad impedire l'ammissibilità di un paradigma consensuale unitario, nel quale sia deducibile l'esercizio del potere pubblico.

La sentenza *Ministre de la Culture c. Assoc. Défense Tuileries* offre l'esempio più lampante della tendenza ora descritta.

*satisfaire en totalité la demande de permis de construire que cette société avait présentée) dans un domaine où il ne pouvait valablement se lier par voie de négociation vis-à-vis d'un administré dans l'exercice d'un pouvoir de décision dont les limites ne peuvent résulter que de la loi ou du règlement, le ministre de la Construction a commis une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat». In questi termini, anche la già citata C.E. 5 novembre 1943, *Leneveu*.*

⁶⁰¹ C.E. 11 mai 1956, *Sté Lesieur-Afrique*; C.E. settembre 24 avril 1964, *Sté des Huileries de Chauny*; C.E. 2 octobre 2002; C.E. 30 mai 2005. Tuttavia, la giurisprudenza precisò che per fondare la responsabilità dell'amministrazione gli impegni assunti dovessero essere sufficientemente chiari e precisi, C.E. 26 mai 1976; C.E. 18 mars 1977, restando esclusa ogni dichiarazione di principio o di intenti C.E. 23 mai 1986; C.E. 22 février 2008.

⁶⁰² T.A. Versailles 19 octobre 1984, *Blanchard et Monbrun*.

⁶⁰³ C.A.A. Lyon, 31 décembre 1993, *Epoux Eymain-Mallet*.

⁶⁰⁴ R. ROMI, *La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux, archaïsme paradoxal ou technique d'avenir?*, in A.J.D.A. 1, 1989, p. 9 e ss.; P. BRUNET, *Les conflits des qualifications: le cas des actes réglementaires en forme de conventions*, in *Revue des contrats*, 2, 2005, p. 434 e ss..

⁶⁰⁵ E. FATÔME, *L'urbanisme contractuel*, in A.J.D.A., 2004, p. 63 e ss..

⁶⁰⁶ Si tende del resto a intravedere in quest'ultima soluzione una riproposizione della *théorie de l'incorporation* e della figura dell'*accord comme aménagement procédural d'un acte unilatéral*, sviluppata, in giurisprudenza, già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso. Cfr. P. BRUNET, *Le conflit de qualification: le cas des actes réglementaires en forme des conventions*, *op. cit.*, p. 434 e ss.

Il Ministro della Cultura e il Presidente dell'*Etablissement public du Grand Louvre* avevano sottoscritto un *cahier des charges*, nel quale erano fissate le condizioni per il rilascio – da parte di quest'ultimo – di autorizzazioni relative all'occupazione delle aree del *Jardin des Tuileries*. Nonostante l'apparenza convenzionale dell'atto, concluso addirittura tra soggetti di diritto pubblico, il *Conseil d'Etat* stimò di essere in presenza di un «*acte unilatéral émanant du seul Ministre agissant dans l'exercice de ses pouvoirs de police du domaine public*»⁶⁰⁷. Una simile qualificazione giuridica impediva così che l'atto andasse incontro a declaratoria di nullità.

Del resto, accadeva pure che se un'autorità amministrativa si impegnava mediante un accordo previo con il privato ad assumere una determinata decisione in futuro, che non era né contraria alla legge né posta al di fuori delle sue competenze, risultava talvolta difficile per il giudice spogliare di legalità il documento formale sottoposto alla sua cognizione.

Era proprio in tali casi che il *Conseil d'Etat*, pur mantenendo ferma la qualificazione unilaterale della determinazione amministrativa finale, riconosceva al tempo stesso valenza di accordo preparatorio allo scambio di consensi intervenuto tra le parti, ancorché questo avesse proprio ad oggetto il contenuto del futuro provvedimento.

A questo artificio il giudice fa ricorso soprattutto in materia di urbanistica. Qui basti citare, rinviando la disamina completa alla sua *sedes materiae*, la sentenza *Commune de La Chapelle-en-Serval*: «*Considérant qu'il appartient au préfet autorisant un lotissement de fixer le montant de la participation prévue par les textes précités, ... un accord intervenu entre la commune et un lotisseur au sujet de cette participation a pour seul objet de préparer l'intervention et faciliter l'exécution de la décision préfectorale, mais ne peut se substituer à celle-ci*»⁶⁰⁸.

Ancora nel 2004, del resto, il C.E. riproponeva imperituro la propria teoria sull'*incorporation* a proposito di due *accords de prix*, siglati tra il *Comité économique des produits de santé* ed alcune case farmaceutiche. Queste risoluzioni si apprezzano ancor di più ove si consideri che la *loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998* ha espressamente previsto che i prezzi dei medicinali siano «*fixés par convention entre l'entreprise exploitant le médicament et le Comité économique du médicament*» (oggi, *Comité économique des produits de santé*). Nonostante l'esplicito tenore letterale della norma, secondo il giudice, le convenzioni mantenevano pur sempre natura meramente preparatoria rispetto al successivo decreto interministeriale: «*la décision de fixer le prix d'un médicament remboursable incombe au Comité économique des produits de santé lorsque l'entreprise qui commercialise le médicament donne son accord au prix qu'il entend retenir, et elle résulte d'un arrêté interministériel*»⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ C.E. 23 juin 1995.

⁶⁰⁸ C.E. 2 octobre 1992, e nello stesso senso già C.E. 20 juillet 1971, *Société civile du domaine du Bernet*; C.E. 14 juin 1978, *SCI du Val-Roger*; T.A. Versailles 8 juillet 1988, *Association de défense du site de Saint-Rémy-lès-Chevreuse*.

⁶⁰⁹ C.E. 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier*; C.E. 20 octobre 2004, *Société Bayer Pharma*. Si veda anche C.E., 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*, che parla di «*actes*

Anche in questo caso, perciò, il *Conseil d'Etat* riqualificava la convenzione in un atto regolamentare. Considerando che la stessa disposizione legislativa legittimava la conclusione di un accordo propriamente inteso, il giudice avrebbe potuto in questo caso aprire a quelle teorie di de Laubadère, Moderne e Devolevé sulle *conventions à effets réglementaires* o di Madiot sull'*acte mixte*, valorizzando proprio gli effetti giuridici che lo scambio di consensi tra il Comitato interministeriale e le cause farmaceutiche produceva nei confronti dei terzi. Ma lo Stato non può esercitare i proprio poteri regolamentari, soprattutto quelli relativi all'organizzazione di un *service public*, contrattandoli con i privati, le convenzioni intervenute non potevano perciò che essere incorporate dall'atto ministeriale, unica manifestazione visibile e possibile dell'esercizio del potere.

Se quindi l'atteggiamento ostruzionista del *Conseil d'Etat*, dal quale, in fondo, dipende la stessa costruzione del diritto amministrativo francese, impediva l'affermarsi degli accordi, d'altra parte essi conobbero un repentino declino anche nella stessa dottrina dell'ultimo decennio, che iniziò a mettere in luce gli effetti negativi dell'incontro consensuale tra l'interesse pubblico e gli interessi egoistici dei privati.

3.3. *La parabola discendente degli accordi in Francia. Dall'«époque du tout contractuel» alla «banalisation du contrat».*

Nel 2000, il *Rapport Mauroy «Refonder l'action publique locale»* metteva completamente e definitivamente in discussione il fenomeno consensuale: «*si la contractualisation est positive, sa systématisation a des effets pervers*». Così alcuni iniziarono a sostenere che «*il faut se défaire des illusions du tout contractuel*»⁶¹⁰ e l'entusiasmo dei primi sostenitori suscitò lo scetticismo dei più. E' lo stesso L. Richer, esattamente cinque anni dopo quel convegno, a doverlo ammettere.

Se infatti alcuni non crederono fino in fondo nelle capacità taumaturgiche del nuovo strumento, troppo millantate per essere vere; per altri, le disillusioni nascevano soprattutto dagli effetti che emergevano e si producevano nella prassi delle negoziazioni.

E si parlava di «*imposture*», di «*démagogie*», di «*vaine agitation pour créer l'illusion de la démocratie administrative*»⁶¹¹. L'uso smisurato degli strumenti consensuali aveva di fatto prodotto una *banalisation*⁶¹² del fenomeno; la moltiplicazione delle tipologie contrattuali un'eccessiva confusione.

réglementaires à élaboration contractuelle et non de véritables contrats». Cfr. P. BRUNET, *Les conflits des qualifications: le cas des actes réglementaires en forme de conventions*, op. cit., p. 434 e ss..

⁶¹⁰ E' quanto riportato da L. RICHER, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, op. cit., p. 973.

⁶¹¹ *Ibidem*.

⁶¹² «*A force d'être utilisé le procédé contractuel est devenu tout à fait conformiste, il s'est banalisé. On le retrouve maintenant partout, ce qui lui fait perdre sa cohérence parce que la technique ne correspond pas toujours au but. Un certain désenchantement en résulte*». Così, L. RICHER, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, op. cit., p. 973.

Contestata del resto era anzitutto la carenza di vincolatività degli accordi, che collocavano in una perdurante incertezza gli operatori economici. Per cui l'impressione era che essi dispensassero speranze senza però apportare concrete garanzie⁶¹³.

In secondo luogo, si paventava il rischio di una commercializzazione delle funzioni amministrative, esercitate a favore del miglior offerente⁶¹⁴.

Affidando il giudizio negativo che ne emerge alle parole dell'allora Vice-Presidente del *Conseil d'Etat*, R. Denoix de Sant Marc, «*on ne peut pas gouverner par contrat. ...L'autorité publique ne peut pas toujours s'en remettre au bon vouloir de l'autre partie pour sceller un accord, sauf à la contraindre à contracter, ce qui est la négation de la liberté contractuelle. Elle ne peut pas non plus s'engager exagérément dans des obligations contractuelles qui constituent autant de droits en faveur de l'autre partie. Elle ne peut pas toujours se satisfaire du compromis auquel aboutit la négociation contractuelle. ...Elle ne peut pas être insensible aux inégalités de traitement qui résultent de conventions négociées «sur mesure» avec des cocontractants pourtant placés dans des conditions identiques*»⁶¹⁵.

E' una disaffezione rapida nei confronti degli accordi quella che caratterizza la Francia. Proprio nel momento in cui essi sono all'apice nelle giustificazioni teoriche e nella prassi amministrativa, iniziano ad emergere scetticismo, sospetto e diffidenza. Se ne critica la assenza di vincolatività, ma non si compie lo sforzo di normarli; si mettono in evidenza i possibili effetti distorsivi e corruttivi, ma si preferisce lasciarli nel magma dell'incertezza giuridica; si contesta la pluralità disordinata delle tipologie negoziali, ma non si intende ricondurli in precise categorie positivizzate.

Semberebbe quasi che presa contezza della loro esistenza, della loro straordinaria diffusione, davanti al bivio se accoglierli o non accoglierli nel proprio ordinamento, la Francia abbia preferito la seconda strada.

Così mentre in Italia, com'era già stato in Germania, e come sarà per la Spagna, a definitivo superamento del principio di indisponibilità del potere pubblico, la legge 7 agosto 1990, n. 241 e poi la l. 11 febbraio 2005, n. 15 generalizzavano e rendevano vincolanti quegli accordi, che fino a poco prima erano stati descritti – secondo la plastica immagine di M.S. Giannini – come meri accordi ufficiosi conclusi intorno ad un tavolo dai funzionari amministrativi e dal singolo cittadino, la Francia è a quel tavolo che preferisce lasciarli.

⁶¹³ *Ibidem*. Vd. su questi aspetti anche Y. JEGOUZO, *L'administration contractuelle en question*, in *Mél. Moderne*, op. cit., p. 554.

⁶¹⁴ N. PORTIER, *Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires: l'exemple de l'aménagement du territoire*, in *A.J.D.A.*, 2003, p.988.

⁶¹⁵ R. DENOIX DE SAINT MARC, *La question de l'administration contractuelle*, op. cit., p. 975.

CAPITOLO III

IL CONTRAT NEL DIRITTO URBANISTICO FRANCESE: *L'URBANISME CONTRACTUEL*

SOMMARIO: 1. *L'urbanisme contractuel* in Francia. - 2. La distinzione tra *urbanisme opérationnel* e *urbanisme réglementaire*. 2.1. Il ricorso al contratto nell'*urbanisme opérationnel*. La *concession d'aménagement urbain*. - 3. Gli ostacoli giuridici all'ammissione del contratto nell'*urbanisme réglementaire*: «*l'interdiction faite à l'autorité de contracter sur l'exercice de ses pouvoirs de décision en matière d'urbanisme*». - 3.1. Verso un'apertura alle convenzioni urbanistiche? L'art. 332-11-2 del *Code de l'urbanisme*, il *projet partenarial urbain* e il *programme d'aménagement d'ensemble*.

1. *L'urbanisme contractuel* in Francia.

Diversi contributi di diritto comparato dimostrano che proprio l'urbanistica è il settore in cui più facilmente si ricorre al contratto o a differenti moduli negoziali con il privato. Tuttavia essi non sarebbero accolti sempre nella stessa maniera nei distinti ordinamenti: talvolta sono ampiamente ammessi, talaltra si ritrovano al centro di vive discussioni⁶¹⁶.

E' quest'ultimo proprio il caso della Francia.

La giurisprudenza del *Conseil d'Etat* ha fermamente ribadito, infatti, che le autorità amministrative non possono vincolarsi per contratto nell'esercizio dei propri poteri di disciplina del territorio. Si tratta di una declinazione particolare del dogma dell'indisponibilità e della non negoziabilità del potere pubblico, che abbiamo esaminato nei precedenti capitoli.

Occorrerà perciò in questa sede affrontare le conseguenze specifiche che derivano nel diritto urbanistico francese dall'impostazione generale data alla questione in analisi, e verificare quali sono, se vi sono, gli spazi lasciati al contratto e agli accordi nel governo del territorio.

⁶¹⁶ Tra i contributi di diritto comparato francesi, possono essere menzionati J.-B. AUBY, *Contrats publics et urbanisme*, in *Revue Internationale de Contrats Publics*, 1, 2013, p. 1 e ss.; F. LICHERE (dir.), *Partenariats public-privé: rapports du XVIIIe congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit Administratif/Administrative Law, 2011; J. MORANDE-DEVILLER, *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme en Europe. Rapport de Synthèse Colloque de l'AIDRU - Coimbra 23-24 septembre 2011*, in *Riv. Giur. Ed.* 5, 2012, p. 179-185; R. NOGUELLOU, U. STELKENS (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2010; M. FROMONT, *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement. Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, Litec Bruxelles: Bruylant, Paris, 1987, p. 174 e ss.; ID. *Le droit français de l'urbanisme parmi les différents droits européens*, in A.J.D.A. 1993 p. 73 e ss..

Come è stato osservato, del resto, l'urbanistica francese è da sempre al centro di svariate evoluzioni, che hanno riguardato non solo gli attori, ma anche le procedure messe in atto e gli strumenti dispiegati⁶¹⁷.

Fino alle riforme del decentramento degli anni Ottanta del secolo scorso⁶¹⁸, le competenze urbanistiche e quelle relative alle *opérations d'aménagement* erano concentrate pressoché esclusivamente a livello statale. Era lo Stato, *l'Etat aménageur*, ad ingerirsi non solo nella disciplina di tutto il proprio territorio ma anche ad interessarsi degli stessi processi di inurbamento delle città francesi.

Le riforme trasferirono buona parte delle competenze relative a *l'urbanisme réglementaire* e a *l'urbanisme opérationnel* ai comuni.

La *loi du 7 janvier 1983* conferì loro il potere rilasciare la maggior parte delle *autorisations d'urbanisme*, tra cui il *permis de construire* e *l'autorisation de lotir*, mentre la *loi du 18 juillet 1985* concedette il potere di creare le *Zones d'aménagement concerté*. Il trasferimento era subordinato tuttavia alla condizione che i comuni si dotassero di un *Plan d'occupation des sols* (POS)⁶¹⁹, divenuto *Plan local d'urbanisme* dopo la *Loi SRU, de solidarité et renouvellement urbain du 13 décembre 2000*, e corrispondente al nostro Piano regolatore generale.

Oggi, però, non potrebbe comunque dirsi che la gestione del territorio sia nelle mani dei soli comuni francesi. Da un lato, infatti, lo Stato ha trovato altri percorsi per reinserirsi nell'*aménagement urbain*, a partire dalle c.d. *opérations d'intérêt national* previste dalle medesime leggi del 1980; dall'altro il fenomeno dell'*intercommunalité* ha sottratto un notevole numero di funzioni ai comuni. Dove, infatti, sono istituite le *communautés des communes*, le *communautés d'agglomération* o le *communautés urbaines* una buona parte delle competenze urbanistiche sono devolute a livello

⁶¹⁷ J.-B. AUBY, *Partenariats public-privé et aménagement urbain*, in *Revue juridique de l'économie publique*, 697, 2012, étude 4.

⁶¹⁸ Sugli effetti prodotti in materia dalle riforme della *décentralisation*, la letteratura è vastissima. Si vedano, tra gli altri, J.-B. AUBY, *La répartition des compétences*, in *Rev. adm.*, 1983, p. 176 e ss.; ID. *La loi du 18 juill. 1985 sur l'aménagement urbain: genèse et lignes directrices*, in *R.F.D.A.* 1986, p. 295 e ss.; J. CHAPUISAT, *L'urbanisme après la décentralisation*, in *A.J.D.A.*, 1984, p. 273 e ss.; F. BOUYSSOU e J. J. CHAPUISAT, *La répartition des compétences. Commentaire de la loi di 7 janvier 1983*, *A.J.D.A.* 1983, p. 81 e ss.; F. MODERNE, *Décentralisation et urbanisme*, *LPA*, 1982, p. 9 e ss.; Y. JEGOUZO, *Le financement de l'aménagement après la loi 18 juill.1985*, in *R.F.D.A.*, 1986, p. 339 e ss.; C. TEITGEN-COLY, *L'urbanisme opérationnel: définition et mise en œuvre de techniques de l'aménagement*, in *AJPI*, 1986, p. 7 e ss..

⁶¹⁹ Il POS fu introdotto per la prima volta con la *Loi du 30 décembre 1967*, insieme agli attuali *schémas de cohérence territoriales* di livello dipartimentale. Inizialmente recepito da un numero assai esiguo di Comuni, a dieci anni dalle riforme del 1983 il POS fu adottato – secondo le stime del Ministero dell'Interno – da circa 13.970 Comuni. Cfr. Y. JEGOUZO, *La décentralisation de l'urbanisme*, in *A.J.D.A.*, 1993, p. 168 e ss. L'obiettivo fu raggiunto non solo attraverso l'incentivo del trasferimento di un maggior numero di competenze, ma anche per il tramite di un forte mezzo di pressione, fondato sul principio di edificabilità limitata ai soli territori già urbanizzati, e sul conseguente divieto per i Comuni privi di POS di estendere l'urbanizzazione al di là di tali limiti. In mancanza di un piano comunale, si applicava, inoltre, la disciplina statale suppletoria del *Règlement Nationale d'Urbanisme*. Cfr. J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET, R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2012, p. 13.

sovracomunale. E la situazione sarà certamente destinata a consolidarsi con l'istituzione, dopo la *Loi du 27 janvier 2014*, delle *métropoles* e la previsione di *conventions territoriales pour l'exercice concerté des compétences partagées*⁶²⁰.

E', in ogni caso, al trasferimento delle competenze urbanistiche dal livello centrale a quello periferico che si lega anche un diverso fenomeno, quello dell'ingresso nell'*urbanisme opérationnel* del privato e dello sviluppo, anche nell'urbanistica francese, di logiche contrattuali e concorrenziali⁶²¹.

Se è pur vero che si trovano manifestazioni di questo tipo anche in un periodo piuttosto risalente, già a partire dal Medioevo e poi dal XVII secolo, in particolare nell'ambito dei *grands travaux publics*⁶²², fu proprio in conseguenza della valorizzazione del principio di *libre administration* e della soppressione della *tutelle de l'Etat*, con le riforme degli anni '80 – precedute, invero, dalla *Loi d'orientation foncière du 1967*, istitutiva della Z.A.C – che il privato entra stabilmente a far parte degli attori del governo del territorio francese. E il ricorso al contratto e a più o meno formalizzate *procédures contractuelles* conosce uno slancio senza precedenti anche nell'*aménagement du territoire*.

2. La distinzione tra *urbanisme opérationnel* e *urbanisme réglementaire*

Si è fatto riferimento alle *opérations d'aménagement urbain* e al ruolo che in queste svolge il privato. Si rende perciò necessario compiere, a questo punto, almeno alcune precisazioni terminologiche.

Il modello urbanistico praticato in Francia conosce, infatti, una fondamentale distinzione tra *urbanisme opérationnel* e *urbanisme réglementaire*⁶²³, che produce importanti ricadute per il nostro tema d'indagine. Essa coinciderebbe grossomodo, e

⁶²⁰ *Loi 58-2014, de Modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles*, pubblicata sul *Journal Officiel* il 28 gennaio 2014. Cfr., G. MARCOU, *L'Etat et les collectivités territoriales: où va la décentralisation?*, in A.J.D.A. 2013, p. 1556 e ss.; M.-C. DE MONTECLER, *La loi Métropoles est conforme à la Constitution*, in A.J.D.A. 2014 p. 188 e ss. N. FERREIRA, *Le temps des métropoles: une métropolisation à la carte pour quelle carte métropolitaine?*, in *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 90,2013, p. 64 e ss. Per un commento integrale alla legge, sia consentito rinviare a M. DE DONNO, *Riordino delle competenze e nuovo regime delle Métropoles: prime prove per l'Acte III de la décentralisation*, in *federalismi.it*, 19 febbraio 2014.

⁶²¹ Vd. J.-P. GAUDIN, *Les nouvelles politiques urbaines*, Paris, PUF, 1993.

⁶²² F. DAVIGNON, *L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local*, in *Contrats et Marchés publics*, n. 5, Mai 2007, étude 12. Già nel 1935, il *Conseil d'Etat* ammise, del resto, nel noto *arrêt de Lara* (C.E. 4 janvier 1935) che un comune «*était en droit de charger par convention une société privée [...] de préparer les projets d'aménagement d'un quartier, d'effectuer, après démolition des immeubles expropriés, les travaux de voirie et d'édilité nécessaires, de construire et de gérer tant des immeubles destinés plus spécialement aux occupants des maisons condamnées que des immeubles à loyer moyen au sens de la loi du 13 juillet 1928, et enfin de bâtir et de vendre certaines parcelles*».

⁶²³ Cfr. M. FROMONT, *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement. Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, Litec Bruxelles: Bruylant, Paris, 1987, p. 174 e ss; ID. *Le droit français de l'urbanisme parmi les différents droits européens*, in *AJDA* 1993 p. 73 e ss..

salve alcune differenze, percepibili anche dal punto di vista delle tecniche di convenzionamento, alla separazione presente nel nostro ordinamento tra i livelli della pianificazione attuativa e quelli della pianificazione generale⁶²⁴.

Più precisamente, con l'espressione *urbanisme opérationnel* si fa riferimento a tutte quelle operazioni ed attività di natura materiale, volte allo sviluppo, all'ammodernamento e al miglioramento del tessuto urbano esistente, e concretamente attuate mediante azioni di costruzione, ristrutturazione o riqualificazione, condotte o orientate dai soggetti pubblici⁶²⁵.

L'art. 300-1 del *Code de l'urbanisme* ne dà una precisa definizione: «*Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs, de lutter contre l'insalubrité, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels*»⁶²⁶.

Nel diritto urbanistico francese la regola, che almeno nel primo periodo non soffriva eccezioni, era che queste operazioni fossero svolte direttamente dall'amministrazione statale⁶²⁷. Il potere pubblico non si accontentava di tracciare le linee fondamentali del territorio e di definire le regole dell'uso del suolo per proprietari e costruttori, ma si attivava con propri interventi diretti per la realizzazione di quelle medesime regole, assumendo su di sé gli obiettivi di sviluppo di vaste zone, dopo essersene appropriato più o meno temporaneamente⁶²⁸, ricorrendo ora all'espropriazione forzata, ora agli strumenti messi a disposizione dai c.d. *droits de préemption*⁶²⁹.

⁶²⁴ V. CERULLI IRELLI, *Italie*, in M. FROMONT, *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement. Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, op. cit., p. 227 e ss. Ripropone l'accostamento anche J.-B. Auby, in J.-B. AUBY, H. PERINET-MARQUET, R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 179.

⁶²⁵ «*La notion d'opération d'aménagement urbain...désigne des procédés tendant à produire du développement urbain, ou à améliorer des tissus urbains existants, par des actions organisées d'équipement, de construction, de restauration, que la puissance publique conduit ou oriente*». Cfr. J.-B. AUBY, H. PERINET-MARQUET, R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 375. Si veda anche P.P. DANNA, *La notion d'opération d'aménagement. Regard sur l'insertion d'un concept substantiel dans l'ordre juridique*, Thèse, Nice, 1991.

⁶²⁶ Si tratta di una definizione volutamente ampia, ma di natura tassativa. Non sono infatti ammesse *opérations d'aménagement* che perseguono finalità diverse da quelle indicate nella norma. Cfr. J.-B. AUBY, H. PERINET-MARQUET, R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 376.

⁶²⁷ Si veda, per esempio, la definizione che, ancora nel 1987, M. Fromont forniva di *urbanisme opérationnel*: «*Nous entendons par urbanisme opérationnel l'ensemble des interventions par lesquelles les collectivités publiques agissent elles-mêmes, soit pour acquérir les terrains nécessaires à l'aménagement de la ville, soit pour réaliser l'aménagement complet de zones déterminées*». Cfr. M. FROMONT, *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement. Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, op. cit., p. 175.

⁶²⁸ A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, 7 ed., 1980, t. 2, p. 430.

⁶²⁹ I *droits de préemption* sono dei diritti di prelazione, riconosciuti ai soggetti pubblici dall'art. L. 240-1 del *Code de l'Urbanisme*. Questi ultimi hanno in tal modo la possibilità di interpersi nelle transazioni immobiliari, per acquistare, con preferenza rispetto ad altri soggetti privati, terreni o aree necessarie per la

Solo progressivamente tali attività furono affidate anche al privato, parallelamente al suo ingresso storico, come si è visto, nell'*aménagement du territoire*, e alla devoluzione delle corrispondenti funzioni amministrative alle collettività territoriali⁶³⁰.

E', quindi, ancora una volta la *réforme de la décentralisation* degli anni '80 a fare da spartiacque. L'art. 300-4 del *Cod. urb.*, introdotto proprio dalla *loi du 18 juillet 1985*, lascia infatti ora ampia libertà di scelta agli enti locali di «*confier l'étude et la réalisation des opérations d'aménagement...à toute personne publique ou privé y ayant vocation*».

Quando perciò la realizzazione delle *opérations d'aménagement* viene affidata ad un privato, questi si vede attribuire la gestione di un servizio pubblico⁶³¹. E' la *convention* o *concession d'aménagement*.

Ma l'*urbanisme opérationnel*, serie quindi di attività materiali volte ad incidere e trasformare il territorio, non è libero, ma si muove nel quadro dei limiti posti dall'*urbanisme réglementaire* o *impératif*.

A sua volta, l'art. L. 121-1 del *Cod. urb.*, come modificato dalla *Loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010* e, più di recente, dalla *Loi ALUR du 24 mars 2014*⁶³², individua gli obiettivi che devono perseguire le *régles d'urbanisme*: «*Les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales déterminent les conditions permettant d'assurer, dans le respect des objectifs du développement durable: 1° L'équilibre entre: a) le renouvellement urbain, le développement urbain maîtrisé, la restructuration des espaces urbanisés, la revitalisation des centres urbains et ruraux; b) l'utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières, et la protection des sites, des milieux et paysages naturels; c) la sauvegarde des ensembles urbains et du patrimoine bâti remarquables; d) les besoins en matière de mobilité. 1° bis. La qualité urbaine, architecturale et paysagère, notamment des entrées de ville*»⁶³³.

realizzazione di *opérations d'aménagement*. Cfr. J.-B. AUBY, H. PERINET-MARQUET, R. NOGUELLOU, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, op. cit., p. 328.

⁶³⁰ Fino a quel momento il Codice stesso impediva che la realizzazione delle operazioni urbanistiche potesse essere affidata a privati. In effetti, l'art. 78-I, nella versione del Codice del 1959, e poi l'art. L. 321-1 dal 1976 in poi, consentivano alle collettività territoriali di affidarle per contratto solo ad altri soggetti pubblici: enti pubblici o *société à économie mixte* a partecipazione pubblica maggioritaria. Cfr. E. FATÔME, *L'urbanisme contractuel*, in A.J.D.A. 1993 p. 63 e ss..

⁶³¹ F. MODERNE, *Les conventions en matière d'urbanisme*, in *Collectivités locales*, Dalloz, p. 3767-1 e ss.

⁶³² *Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, c.d. *Loi ALUR*, pubblicata sul *Journal officiel du 26 mars 2014*. La *Loi ALUR* va segnalata, in particolare, per la previsione di nuove e più significative competenze alle associazioni intercomunali, attraverso la previsione di un apposito *Plan Local d'Urbanisme (PLU) intercommunal*. Cfr. G. REMI, *Volet urbanisme du projet de loi «ALUR»: la simplification attendra*, in A.J.D.A., 2013, p. 1300 e ss.; ID., *Volet urbanisme du projet de loi ALUR: accord en CMP*, in *Dalloz actualité*, 19 février 2014.

⁶³³ «2° *La diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs de l'ensemble des modes d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de développement des*

Dall'elenco delle finalità di interesse pubblico che i diversi *documents d'urbanisme* (gli *schémas de cohérence territoriale*, i *plans locaux d'urbanisme*, le *cartes communales*) devono perseguire, emergono, senza troppe difficoltà, le ragioni per cui tradizionalmente *l'urbanisme réglementaire*, a differenza dell'*urbanisme opérationnel*, viene ricondotto nell'ambito della *police administrative*.

Esso, più precisamente, viene fatto rientrare in quelle funzioni di *police* di tipo *spéciale*, in quanto volte alla tutela di interessi pubblici particolari⁶³⁴.

L'autorità amministrativa, in altri termini, non agirebbe nella disciplina del territorio nell'esercizio di una *police générale*, poiché, in tale ambito, alcune delle sue finalità, come il buon costume o la sicurezza pubblica, restano del tutto estranee⁶³⁵.

Benché, invero, aspetti tipici della *police générale* ineriscano anche l'urbanistica – si pensi all'uso del suolo nel caso di costruzioni pericolanti e al relativo diniego di autorizzazioni urbanistiche – si tratta pur sempre di ipotesi di confine, che attraggono anche la competenza di altri soggetti.

Le *règles d'urbanisme* non rilevarebbero quindi per l'ordine pubblico generale, ma per un ordine pubblico speciale, ricollegandosi pertanto più propriamente all'esercizio di una *police spéciale*⁶³⁶.

L'inevitabile considerazione da trarre è che applicandosi qui le norme che reggono l'attività delle *autorités de police*, il tema del ricorso al *contrat* diviene una questione ben più delicata.

Se infatti l'amministrazione può liberamente affidare per contratto la realizzazione delle *opérations d'aménagement* a terzi, invece essa non può contrattare sull'esercizio dei *pouvoirs de police* che le conferisce il *Code de l'Urbanisme*, quali, appunto, la competenza ad emanare le *règles d'urbanisme* e quindi, i relativi piani urbanistici, ma anche di rilasciare i permessi di costruire e le altre autorizzazioni urbanistiche, e, infine, di decidere sulla messa in atto delle stesse *opérations d'aménagement*⁶³⁷.

communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements motorisés et de développement des transports alternatifs à l'usage individuel de l'automobile; 3° La réduction des émissions de gaz à effet de serre, la maîtrise de l'énergie et la production énergétique à partir de sources renouvelables, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques, et la prévention des risques naturels prévisibles, des risques miniers, des risques technologiques, des pollutions et des nuisances de toute nature».

⁶³⁴ P.-L. FRIER, *Contrats et urbanisme réglementaire: les obstacles juridiques*, in D.A., 3, 2005, étude 5; J.F. DAVIGNON, *L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local*, in *Contrats et Marchés publics*, 5, 2007, étude 12.

⁶³⁵ Vd. per la distinzione tra *police générale* e *police spéciale*, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., n° 923 e ss.; J. MOREAU, *Droit administratif*, Paris, PUF, 1989, n° 275; P.L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, Paris, L.G.D.J., 8 éd., 2013, n° 461 e ss..

⁶³⁶ Ciò del resto trova conferma anche in alcune pronunce del *Conseil d'Etat*. Cfr. C.E., avis, 7 juill. 2004 n° 266478, ove l'urbanistica è definita come una «*police spéciale, destinée à assurer le respect des règles d'utilisation du sol*». Cfr. altresì C.E., 29 sept. 2003, *Houillères du bassin de Lorraine*; C.E., 23 juill. 1993, *Épx Schafer*; C.E., 3 août 1985, *Les amis de la Terre*.

⁶³⁷ E. FATOME, *L'urbanisme contractuel*, op.cit., p. 63 e ss.; P.-L. FRIER, *Contrats et urbanisme réglementaire*, op. cit..

Emerge da queste brevi definizioni tutta la portata del problema. Da un lato, il ricorso al contratto è ammesso per l'affidamento di *opérations d'urbanisme*, dall'altro esso sarebbe escluso per tutto ciò che concerne la disciplina urbanistica, e dunque innanzitutto per l'esercizio dei poteri discrezionali di determinazione della stessa.

Nei prossimi paragrafi si cercherà perciò di comprendere la portata di queste affermazioni e, al contempo, di sondare i limiti che sono posti al principio di consensualità nel governo del territorio francese.

2.1. *Il ricorso al contrat nell'urbanisme opérationnel. La concession d'aménagement urbain.*

Il contratto mediante il quale l'autorità amministrativa affida la realizzazione di un'*opération d'aménagement* ad un privato, prende il nome nel diritto urbanistico francese di *concession d'aménagement urbain*. Per il suo tramite il concessionario acquisisce i terreni⁶³⁸, esegue i lavori e le opere pubbliche necessarie, procede alla vendita o alla locazione delle costruzioni realizzate, ricavandone un profitto a titolo di remunerazione⁶³⁹.

L'applicazione tipica della *concession d'aménagement* è nell'ambito della c.d. *procédure de zone d'aménagement concerté* (Z.A.C.), istituita con la *loi du 31 décembre 1967* e profondamente modificata con la *loi SRU du 13 décembre 2000*⁶⁴⁰. Per il tramite di apposite concessioni con i costruttori, l'amministrazione procede in questo modo all'urbanizzazione convenzionata di vaste aree cittadine.

La conclusione di una *concession d'aménagement* deve avvenire, oggi, mediante procedura ad evidenza pubblica, che garantisca il rispetto dei principi di pubblicità, di concorrenza e pari opportunità tra gli operatori economici⁶⁴¹.

Si tratta di un aspetto non certamente pacifico per l'ordinamento francese, almeno fino al *décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009*. Era questa, del resto, una questione legata alla stessa natura giuridica da riconoscere alla *concession d'aménagement*, che occupò a lungo la dottrina d'oltralpe.

Benché fosse convinzione comune che essa integrasse un'ipotesi di *contrat administratif*, i giuristi divergevano quanto al tipo contrattuale cui ricondurla.

⁶³⁸ Se il concessionario è un soggetto pubblico, ente pubblico o società mista a prevalente capitale pubblico, l'acquisizione dei terreni può avvenire anche tramite espropriazione o con esercizio del diritto di prelazione.

⁶³⁹ E. FATOME, L. RICHER, *Nature et contenu du contrat d'aménagement*, in *Revue de droit immobilier*, 1994, p. 169 e ss..

⁶⁴⁰ In particolare, la legge del 2000 ha eliminato la possibilità per l'amministrazione di elaborare un piano urbanistico ad hoc, pertanto gli interventi realizzati nell'ambito di una Z.A.C. devono ora rispettare le disposizioni urbanistiche generali di livello comunale e dipartimentale, contenute rispettivamente nel *Plan local d'urbanisme* (PLU) e nello *Schéma de cohérence territoriale* (SCOT). Cfr. E. FATOME, *Le nouveau régime juridique des ZAC*, in *BJDU*, 6, 2000, p. 394 e ss.

⁶⁴¹ Cfr. art. L. 300-4 e seguenti del *Code de l'urbanisme*, come modificati dal *décret n°2009-889du 22 juillet 2009*.

Se alcuni ritenevano che essa fosse un *contrat de mandat*⁶⁴², se altri la consideravano una *concession de service public*⁶⁴³, se, infine, altri ancora reputarono che si trattasse di un *contrat administratif sui generis*⁶⁴⁴, una certezza era però condivisa da tutti: la *concession* non era un *marché public*, un appalto pubblico. La remunerazione del privato non proveniva infatti dall'amministrazione, ma veniva ricavata dalla vendita o dalla locazione degli immobili, una volta costruiti. Di qui la constatazione che la conclusione di un *contrat administratif* per la realizzazione di un'*opération d'aménagement urbain* non dovesse essere soggetta a procedura ad evidenza pubblica, ché anzi essa costituiva l'ipotesi più classica di conclusione di un contratto *intuitu personae*.

Quest'ordine di idee fu accolto inizialmente anche dallo stesso legislatore, che nella *loi du 29 janvier 1993*, c.d. *loi Sapin, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, istitutiva, tra l'altro, della *convention de délégation de service public*, la escluse dal proprio ambito di applicazione.

Ne derivò un lungo braccio di ferro con l'Unione Europea, durante il quale intervennero svariati provvedimenti legislativi, che avvicinarono progressivamente anche la Francia al diritto comunitario dei contratti pubblici⁶⁴⁵.

⁶⁴² C. DEVES, *La concession d'aménagement n'est pas un mandat*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 23, 6 Juin 2011, p. 2205 e ss.

⁶⁴³ F. MODERNE, *Les conventions en matière d'urbanisme*, in *Collectivités locales*, Dalloz, p. 3767-1 e ss.

⁶⁴⁴ E. FATOME, *L'urbanisme contractuel*, *op.cit.*,

⁶⁴⁵ Il contrasto scaturì nel 2001, a seguito di un richiamo compiuto dalla Commissione dell'Unione Europea, nel quale venne precisato che le *conventions d'aménagement* (questo era il nome della fattispecie sino al 2005) dovessero essere intese come delle *concessions de travaux* o *de services* e, dunque, essere sottoposte a procedura ad evidenza pubblica. Dapprima la giurisprudenza amministrativa, quindi il legislatore con la *loi du 20 juillet 2005* (ed il relativo decreto di applicazione n° 2006-959, du 31 juillet 2006), ne riconobbero la necessità, introducendo una procedura ad hoc. Dopo un successivo intervento della CGCE (CGCE 18 janv. 2007, C-220/05), che rilevò l'incompatibilità delle nuove norme procedurali con il diritto comunitario, intervenne nel 2009 un nuovo decreto, che pose fine definitivamente alla questione. Cfr. P. LIGNIERES, O. MARTIN, *L'avenir des conventions publiques d'aménagement confronté au droit communautaire*, in *Droit Administratif* n° 8, Août 2004, prat. 8; J.B. AUBY, *Les contrats d'aménagement et l'économie mixte dans la tourmente*, in *Droit Administratif* n° 2, Février 2005, Repère 2; TRAORE, S. *La concession d'aménagement après la loi du 20 juillet 2005*, in *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2005, étude 20; E., FATOME, L. RICHER, *Questions sur les nouvelles concessions d'aménagement*, in A.J.D.A. 2006 p. 926; E. FATOME, L. RICHER, *La procédure de passation des concessions d'aménagement entre le décret du 31 juillet 2006, l'arrêt Auroux et le décret à venir*, in A.J.D.A. 2007 p. 409; A. GARCIA, *Qualification des contrats d'aménagement*, in D.A. n° 5, Mai 2007, comm. 71; F. LLORENS, *La mise en conformité du droit des concessions d'aménagement avec le droit communautaire. Commentaire du décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement*, in *Revue de droit immobilier*, 2009 p. 616; F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *Marchés, DSP, concessions de travaux ou d'aménagement: de quelques problèmes de frontière*, in *Contrats et Marchés publics* n° 11, Novembre 2011, repère 10; R. NOGUELLOU, *Les conventions d'aménagement critiquées par la Commission*, in *Droit Administratif* n° 6, Juin 2004, Alerte 3; C. DEVES, *Le Conseil d'État met fin au débat sur l'inconventionnalité des conventions et concessions d'aménagement conclues avant 2005 sans mesure de publicité et de mise en concurrence*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 6, 13 Février 2012, p. 2054 e ss..

Ma una volta espletata la procedura di selezione del contraente e stipulata la concessione, l'*aménageur* non ha alcun diritto di procedere per ciò solo agli interventi pattuiti⁶⁴⁶.

Egli deve procedere all'acquisizione dei relativi permessi di costruire, che l'amministrazione rilascia se ed in quanto non ritenga di dover modificare, per motivi di interesse pubblico⁶⁴⁷, le proprie previsioni di piano nella zona interessata.

E' unanimemente riconosciuto infatti che la conclusione di una *concession d'aménagement* non conferisce al singolo alcun diritto di costruire⁶⁴⁸ né alcuna pretesa circa l'immutabilità del disegno urbanistico in essa contenuto.⁶⁴⁹

La giurisprudenza ha costantemente ribadito infatti che «*une décision de création de zone d'aménagement concerté, bien qu'elle n'ait pas un caractère réglementaire, ne crée pas un droit au maintien de la zone au profit de la société chargée, par une convention conclue avec la commune sur le territoire de laquelle se trouve cette zone, de son aménagement et de son équipement*»⁶⁵⁰.

La precarietà della posizione dell'*aménageur* ha comunque un costo per l'amministrazione, che nel caso in cui proceda diversamente rispetto a quanto pattuito, è comunque tenuta corrispondere un indennizzo⁶⁵¹.

Il rifiuto di considerare che la *concession d'aménagement* possa creare dei diritti in capo al privato costruttore e vincolare l'amministrazione quanto all'esercizio dei propri poteri discrezionale, riporta ancora una volta la nostra attenzione sui limiti al ricorso al contratto nel diritto urbanistico francese.

Anche infatti l'*urbanisme opérationnel*, campo privilegiato dell'urbanistica consensuale in Francia, risulta limitato da l'*interdiction de contracter sur l'exercice des pouvoirs de décision en matière d'urbanisme*. Una convenzione non può mai né implicitamente né esplicitamente fissare le norme urbanistiche, sia che ci si trovi nel campo dell'*urbanisme opérationnel*, che, a maggior ragione, in quello dell'*urbanisme réglementaire*.

⁶⁴⁶ Vd, per questi aspetti, P. PLANCHET, *Une convention d'aménagement ne préserve pas du changement des règles d'urbanisme*, in A.J.D.A. 2010, p. 912 e ss..

⁶⁴⁷ C.E. 29 mars 1983, *Commune de Chateaugay*; C.E. 15 avril 1992, *SCI Vallières et autres*.

⁶⁴⁸ C.E. 8 janvier 1993, *Société Compagnie fermière et foncière Saint-Romeu*, ove il *Conseil d'Etat* ha precisato che la *convention d'aménagement* non ha «*ni pour objet ni pour effet*» di creare un diritto al rilascio del permesso di costruire in capo alla società contraente.

⁶⁴⁹ C.A.A. Bordeaux 8 février 2001.

⁶⁵⁰ C.E. 22 juin 1984, *SCP Palaiseau Villebon*; T.A. Versailles 11 octobre 1978, *Ville de Dourdan*, e più di recente C.A.A. Paris, 27 novembre 2001.

⁶⁵¹ C.E. 30 novembre 1994, *SCI Palaiseau-Villebon*; C.E. 15 novembre 2000, *Commune de Morswiller-le-Bas*; C.E. 17 mars 1989, *Ville de Paris et Société Sodevam*.

3. Gli ostacoli giuridici all'ammissione del *contrat* nell'*urbanisme réglementaire*: «l'interdiction faite à l'autorité de contracter sur l'exercice de ses pouvoirs de décision en matière d'urbanisme».

«Le droit de l'urbanisme, droit de contrainte, se traduit par l'édition d'actes unilatéraux et ne laisse, sauf exceptions, aucune place au procédé contractuel».

E' quanto afferma R. Cristini, nel suo *Droit de l'urbanisme* del 1985⁶⁵².

Questa frase permette di intendere quale sia l'opinione giuridica, generalmente accolta ancora oggi in Francia, a proposito del ricorso al *contrat* nel diverso campo dell'*urbanisme réglementaire*, e quindi di percepire tutta la complessità e la contraddittorietà insita nell'espressione «*urbanisme contractuel*»⁶⁵³.

L'*interdiction faite à l'autorité de contracter sur l'exercice de ses pouvoirs de décision en matière d'urbanisme* costituirebbe infatti una declinazione particolare del generale divieto posto all'autorità amministrativa di negoziare sull'esercizio dei propri poteri discrezionali. Ne discende l'applicazione di tutti quei principi e di quei crismi, già esaminati nel capitolo precedente, che conducono alla nullità di quelle convenzioni, integranti lo schema del *pacte sur une décision future*, con cui un comune si obbliga a rilasciare un permesso di costruire o una diversa autorizzazione urbanistica, ovvero a recepire nel piano urbanistico una disciplina concordata con il privato, a fronte di prestazioni particolari di quest'ultimo.

Si tratta di negoziazioni inammissibili per l'ordinamento giuridico francese, che non creano alcun vincolo giuridico, salvo invece fondare, in taluni casi, una responsabilità dell'amministrazione per il pregiudizio recato al privato.

Proseguendo allora nella parallela comparazione tra il nostro ordinamento e quello francese, si può dire da subito come i casi concreti analizzati dalla giurisprudenza possono, a nostro giudizio, essere assimilati ad altrettante convenzioni urbanistiche.

Sul modello fondante delle convenzioni di lottizzazione, infatti esse sono state definite dalla dottrina italiana prevalente come un coacervo non sempre omogeneo di moduli operativi negoziali, la cui essenza si saggia, sotto il profilo causale, proprio in uno scambio tra beni immateriali, sotto forma di diritti edificatori e prestazioni d'opera da parte del privato, anche in forma di esecuzione delle opere di urbanizzazione, con possibilità di scomputare i costi degli oneri dovuti al Comune⁶⁵⁴. Come si vedrà, nell'ordinamento francese si è del tutto restii ad ammettere che uno scambio del genere possa mantenersi nel campo del lecito e del legittimo.

Ancora una volta, è soprattutto a livello giurisprudenziale che si è sviluppato il divieto in questione.

⁶⁵² R. CRISTINI, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Economica, 1985, p. 12, cit. da E. FATÔME, *L'urbanisme contractuel*, op.cit., p. 63.

⁶⁵³ L'impiego, per la prima volta, dell'espressione è attribuibile E. Fatôme, che affrontò la questione in un saggio dal medesimo titolo, pubblicato nel 1993. Vd. nota precedente.

⁶⁵⁴ Cfr. per questi aspetti il Cap. 3, Parte I, del presente lavoro.

La maggior parte delle pronunce che sviluppano il principio interdittivo, si risolvono in altrettante declaratorie di nullità.

La ragione risiederebbe nel fatto che l'autorità competente a rilasciare l'autorizzazione urbanistica non può «*valablement se lier par voie de négociation vis-à-vis d'un administré dans l'exercice d'un pouvoir de décision dont les limites ne peuvent résulter que de la loi et des règlements*»⁶⁵⁵, e, pertanto, «*la délivrance du permis de construire est un acte unilatéral que seule la puissance publique a le pouvoir de prendre*»⁶⁵⁶.

A proposito di una convenzione avente ad oggetto il rilascio di un permesso di costruire in funzione di sanatoria di una costruzione abusiva, il giudice amministrativo ha affermato di recente che «*aucune disposition législative ou réglementaire n'autorise l'Etat à négocier les conditions de délivrance...d'un permis de construire... dès lors, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres moyens de la requête, il y a lieu d'en constater la nullité*»⁶⁵⁷.

In alcuni casi, però, la convenzione non viene annullata, prediligendosi lo schema dell'accordo preparatorio, come caldeggiato anche da una parte della dottrina urbanistica⁶⁵⁸.

Se, infatti, la convenzione non contiene alcun impegno illegittimo del privato, e le si riconosce comunque una valenza informale e non vincolante, sì che l'amministrazione resta libera di recepirne o meno il contenuto in un proprio provvedimento, nulla osterebbe alla conclusione di un simile accordo.

Nella sentenza *Commune de La Chapelle-en-Serval*, per esempio, si subordinava l'efficacia di una convenzione, nella quale erano stati dedotti impegni del tutto esigibili, proprio all'emanazione del provvedimento da parte dell'amministrazione contraente: «*un tel accord ne peut entrer en vigueur qu'en vertu de cette décision et à partir de la date à laquelle elle prend effet*»⁶⁵⁹.

La legittimità delle prestazioni dedotte nella convenzione, in particolare, verrebbe

⁶⁵⁵ T.A. Paris 22 novembre 1960, *SA des établissements Lick et Brevets Paramount*.

⁶⁵⁶ C.A.A. Paris 13 juin 1989, *Commune de Bois-d'Arcy*. Cfr. anche C.E. 24 février 1956, *Leduc*; C.A.A. Lyon 31 décembre 1003, *Epoux Eyman-Mallet*; CE 6 mars 1989, *Commune de Crolles*, Dr. adm. 1989, n° 225.

⁶⁵⁷ C.A.A. Lyon, 3 février 2005, *Welma Pachod*, cit. in J.D. DREYFUS, *Illicéité de l'objet d'une convention garantissant la délivrance d'un permis de construire*, in A.J.D.A., 2005. 1531.

⁶⁵⁸ E. FATOME, *L'urbanisme contractuel*, cit.: «*Cet «artifice» - auquel le Conseil d'Etat a d'ailleurs recours dans bien d'autres domaines que celui de l'urbanisme, et notamment en matière de police économique - peut paraître «audacieux». Mais, force est de reconnaître qu'il constitue le seul moyen de concilier l'interdiction de contracter en cause avec la nécessité de permettre la plus large concertation possible entre les autorités qui ont compétence pour prendre des décisions en matière d'urbanisme et les personnes qui sont concernées par ces décisions*». Del medesimo avviso, anche P.-L. FRIER, *Contrat et urbanisme réglementaire*, cit., «*la commune n'était nullement tenue par la convention signée, elle commet une erreur de droit (incompétence négative) en s'y conformant. La seule façon d'échapper à cette annulation est, en jouant sur la psychologie supposée de l'auteur de l'acte, de disqualifier le contrat en y voyant un simple acte préparatoire dépourvu, contrairement à la réelle volonté des parties, de toute portée*».

⁶⁵⁹ CE 2 octobre 1992, *Commune de La Chapelle-en-Serval*. Cfr. anche C.E. 20 juillet 1971, *Société civile du domaine du Berner*; C.E. 14 juin 1978, *SCI du Val-Roger*.

desunta da una presunzione legale di proporzionalità dei contributi, economici o in natura, che possono essere richiesti al proprietario o al costruttore in sede di rilascio del permesso di costruire o di altra autorizzazione urbanistica.

Tale presunzione è stata introdotta dal legislatore nell'art. L.332-6 *Code urb.*⁶⁶⁰, proprio per porre fine al «*racket*» cui avevano dato vita nel passato i Comuni, nel concordare con i privati istanti la realizzazione di attività di interesse generale in cambio del rilascio del provvedimento autorizzatorio⁶⁶¹.

Il giudice amministrativo riconosce natura di *ordre public* all'art. L. 332-6, e da quella fa discendere il divieto di ogni forma di negoziazione, contrattazione, ma anche assunzione volontaria di prestazioni che derogano alla norma⁶⁶². Esse, pertanto, sarebbero prive di causa⁶⁶³ e obbligherebbero l'amministrazione a ripetere quanto illegittimamente percepito⁶⁶⁴.

Risultano nulle, perciò, quelle convenzioni in cui la contropartita del privato consiste, per esempio, nel versamento di una somma di denaro spropositata, neppure lontanamente riconducibile ad una delle forme di *participations d'urbanisme* previste dal Codice. Ipotesi, questa, che poco si allontana da un vero e proprio mercimonio delle funzioni urbanistiche⁶⁶⁵.

⁶⁶⁰ Sotto il titolo *Participations à la réalisation d'équipements publics exigibles à l'occasion de la délivrance d'autorisations de construire ou d'utiliser le sol*, l'art. L. 322-6 ora prevede l'elenco tassativo delle prestazioni esigibili da parte dell'amministrazione in sede di rilascio del provvedimento autorizzatorio: «*Les bénéficiaires d'autorisations de construire ne peuvent être tenus que des obligations suivantes :1° Le versement de la taxe d'aménagement prévue par l'article L. 331-1 ou de la participation instituée dans les secteurs d'aménagement définis à l'article L. 332-9 dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010 ou dans les périmètres fixés par les conventions visées à l'article L. 332-11-3 ; 2° Le versement des contributions aux dépenses d'équipements publics mentionnées à l'article L. 332-6-1. Toutefois ces contributions telles qu'elles sont définies aux 2° et 3° dudit article ne peuvent porter sur les équipements publics donnant lieu à la participation instituée dans les secteurs d'aménagement définis à l'article L. 332-9 dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 précitée ou dans les périmètres fixés par les conventions visées à l'article L. 332-11-3; 3° La réalisation des équipements propres mentionnées à l'article L 332-15; 4° Le versement pour sous-densité prévu aux articles L. 331-36 e L. 331-38 ; 5° Le versement de la redevance d'archéologie préventive prévue aux articles L. 524-2 à L. 524-13 du code du patrimoine*».

⁶⁶¹ P.-L. FRIER, *Contrats et urbanisme réglementaire*, op.cit., p. 4.

⁶⁶² C.E. 22 mars 1985, *Brunet*; C.E. 4 févr. 2000, *EPAD*; CE 10 oct. 2007, *Commune de Biot*. In dottrina, J.-PH. STREBLER, *Financement des équipements urbains: autorisations d'urbanisme et offres de concours*, BJDU 2004. 84: «*Il n'est donc pas possible d'imposer ni même d'obtenir lors des opérations de construction ou de lotissement une contribution - quelle qu'en soit la forme - qui ne corresponde pas à l'une des taxes ou participations qui sont limitativement énumérées par l'article L. 332-6 et les articles auxquels il renvoie, quand bien même cette contribution serait proposée spontanément par contrat, convention ou offre de concours*». Si veda altresì, P. BERNARD, *Offre de concours et urbanisme*, in A.J.D.A., 2008. 889; P. PLANCHET, *Une convention d'aménagement ne préserve pas du changement des règles d'urbanisme*, op. cit., p. 912 e ss..

⁶⁶³ C.E. 1 octobre 1976, *Ministre de l'équipement c/ SCI Montjoie*; C.E. 1 avril 1981, *Commune de Magenta*; C.E. 13 novembre 1981, *Plunian*; C.E. 20 octobre 1982, *SA immobilière et touristique de Saint-Gaudens*.

⁶⁶⁴ C.E. 14 novembre 1973, *Commune de Saint-Brice-sous-Forêt*; C.E. 9 avril 1976, *SCI les Trémières*; C.E. 26 février 1982, *Société industrielle d'isolation et de fournitures d'usines*.

⁶⁶⁵ Di questo avviso anche lo stesso P.L. FRIER, in *Participations financières et corruption*, in A.J.D.A.,

In questi casi, perciò, non solo lo strumento utilizzato, ma anche l'oggetto e la causa del negozio sono impossibili, il che impedisce anche un'operazione di riqualificazione giuridica in senso unilaterale della fattispecie.

Nell'*arrêt Commune de Bois-d'Arcy*, oggetto di cognizione del giudice fu un accordo avente ad oggetto l'impegno di una Società a versare ben 2 milioni di franchi per ottenere una modifica della disciplina urbanistica contenuta nel POS.

La controversia originava a seguito del successivo inadempimento del Comune e il giudice così statuiva: *«la possibilité pour une collectivité locale d'accepter le versement d'une somme d'argent en échange de la mise en œuvre de ses propres compétences d'urbanisme ne résultant d'aucune disposition légale. L'accord en vertu duquel une société s'engage à verser une somme d'argent à une commune en contrepartie de la modification du POS et l'émission d'un avis favorable en vue de la délivrance d'un permis de construire est illégal»*⁶⁶⁶.

In un caso del tutto analogo, il Tribunale amministrativo di Versailles affermava: *«aucune contrepartie financière ou autre n'est susceptible d'être mise à la charge d'une société en contrepartie d'une modification de POS destinée à rendre possible la délivrance à cette société du permis de construire»*. Tuttavia, qui il giudice condannò il comune di Ballainvilliers al pagamento di un indennizzo a favore della Société Résoc per il pregiudizio subito⁶⁶⁷.

Ma se lo scambio tra l'esercizio dei poteri di piano a fronte di un versamento in denaro, poteva suscitare più di un sospetto e certo qualche perplessità, e, quindi, a giusto titolo venire annullato; a diverse conseguenze sul piano giuridico forse poteva andare incontro la convenzione quando la prestazione di fare del privato attendeva a finalità squisitamente di interesse pubblico.

In due giudizi relativi ad un accordo con il quale un comune si era impegnato a rendere edificabile nel POS in corso di elaborazione un terreno, in cambio della cessione gratuita da parte della proprietaria di ulteriori lotti per la costruzione di una scuola, nonché di un bosco destinato ad essere aperto al pubblico, il tribunale amministrativo di Versailles, affermò *«l'accord réalisé était contraire à certaines règles fondamentales concernant l'exercice des pouvoirs de police administrative. Une irrégularité majeure pouvait être mise en avant: l'autorité de police a ici utilisé ses pouvoirs dans un but contractuel. La jurisprudence sanctionne de la façon la plus ferme cet exercice irrégulier des compétences»*⁶⁶⁸.

Torna quindi la natura di *police spéciale* dei poteri urbanistici dell'amministrazione, quale ostacolo per la possibilità giuridica delle convenzioni urbanistiche in Francia. E l'ostacolo resterebbe insormontabile nonostante la diretta soddisfazione, per il tramite dell'accordo, di interessi della collettività.

1993, p. 148 e ss..

⁶⁶⁶ C.A.A. Paris, 13 juin 1989, *Commune de Bois d'Arcy*.

⁶⁶⁷ T.A. Versailles, 3 décembre 1993, *Société Résoc*. Si veda anche C.E. 22 mars 1985, *Brune*.

⁶⁶⁸ T.A. Versailles, 2 octobre 1987 e 7 juillet 1988, *Association de défense du site de Saint-Rémy-lès-Chevreuse*; cit. in P.-L. FRIER, *Le droit de construire vendu aux enchères*, R.F.D.A. 1989, p. 809 e ss..

L'amministrazione non può negoziare, né liberamente disporre dei propri poteri di piano; non può vincolarsi per contratto in relazione al futuro esercizio degli stessi. L'esercizio del potere pubblico deve rimanere scevro da diritti acquisiti, che ostacolerebbero le facoltà di modifica unilaterale al sopraggiungere di nuovi interessi pubblici⁶⁶⁹.

Se quindi, in alcuni casi, l'annullamento della convenzione deriva dalla necessità di contrastare un pericoloso *do ut des*, che sacrifica alle logiche del miglior offerente la salvaguardia e la cura del territorio, in altri casi quando la convenzione rappresenta un ordinato, equilibrato ed integrato perseguimento di interessi pubblici e di interessi privati, essa resterebbe comunque giuridicamente inammissibile per la fondamentale *interdiction faite à l'autorité de contracter sur l'exercice de ses pouvoirs de décision en matière d'urbanisme*.

3.1. *Verso un'apertura alle convenzioni urbanistiche? L'art. 332-11-2 del Code de l'urbanisme, il projet partenarial urbain e il programme d'aménagement d'ensemble.*

Si accennava all'inizio di questo capitolo alle evoluzioni che da sempre attraversano il diritto urbanistico francese.

Ora, alcuni segnali tenderebbero a dimostrare che anche in quest'ordinamento sia possibile registrare un'apertura alle convenzioni urbanistiche lungo il confine mobile tra *contrat e acte unilatéral*⁶⁷⁰.

Potrebbe leggersi in questa luce già una sentenza del T.A. di Versailles.

In una convenzione, conclusa davanti ad un notaio, alcuni privati si erano obbligati a cedere al comune un terreno per la costruzione di una scuola e l'amministrazione a rendere edificabile con il piano urbanistico alcune loro proprietà. L'amministrazione recepì successivamente l'accordo mediante proprio atto unilaterale, procedendo altresì alla modifica della disciplina urbanistica e al rilascio del relativo permesso di costruire.

Il giudice amministrativo, adito dall'*Association de defense du site et de l'environnement de Saint-Remy-Le-Chevreuse* e dall'*Association Les amis de la Terre de la Vallée de Chevreuse*, si rifiutò di annullare il permesso, in quanto l'operazione sembrava giustificabile alla luce delle finalità di interesse pubblico perseguite dai contraenti. «*Si les pièces du dossier établissent l'existence d'une transaction entre la commune...et les propriétaires... la prise en compte par la commune de ces intérêts purement privés n'est pas de nature à établir le détournement de pouvoir dès lors que la transaction permettait à la commune d'obtenir les terrains nécessaires au projet de*

⁶⁶⁹ A queste ragioni si aggiungerebbe la natura complessa dei procedimenti di pianificazione e di quelli volti al rilascio di autorizzazioni e permessi di costruire, che vedono il coinvolgimento di una pluralità di soggetti pubblici. Ciò che impedirebbe all'amministrazione di vincolarsi per contratto sull'esercizio di poteri futuri, il cui concreto esplicarsi dipende anche da una pluralità di fattori esterni. Cfr. E. FATOME, *L'urbanisme contractuel*, op. cit., p.67.

⁶⁷⁰ F. PRIET, *L'urbanisme est-il soluble dans le contrat?*, in A.J.D.A. 2011, p. 2157 e ss..

construction d'un collège d'enseignement général...qui correspond à un intérêt général»⁶⁷¹.

Un'apertura del giudice francese, quindi.

Non sembrerebbe la sola del resto. Soprattutto negli ultimi anni infatti si sono susseguite nuove previsioni legislative, soprattutto in materia di *taxes et participations d'urbanisme*, che prevedono la possibilità per amministrazioni e proprietari o costruttori di contrattare sul *quantum* dei relativi contributi, in cambio di alcune garanzie circa la disciplina urbanistica dell'area interessata⁶⁷².

Già la *Loi SRU du 13 décembre 2000* aveva introdotto nel *Code de l'urbanisme* l'art. 332-11-2⁶⁷³, che disciplina espressamente la possibilità per i proprietari di concludere con i comuni una convenzione con la quale essi si offrono, prima del rilascio del permesso di costruire, di partecipare finanziariamente alla realizzazione di reti infrastrutturali e di nuove strade.

La convenzione fissa il termine nel quale le opere di urbanizzazione dovranno essere realizzate e disciplina le modalità con cui avverrà il finanziamento da parte del privato. Essa precisa altresì, il regime degli altri contributi dovuti, le disposizioni urbanistiche

⁶⁷¹ T.A. Versailles 2 octobre 1987, confermata anche dal *Conseil d'Etat*, C.E. 19 mars 1997, n° 93763. La sentenza, citata da P.-L. Frier, riceve le critiche dell'autore, nonostante questi mantenga una posizione di favore rispetto al fenomeno: «*Cette décision paraît critiquable car il est clair que le contrat lui-même, et donc la décision communale de le passer, sont ici illégaux. Dans le cas de ces pactes sur décision future, il faut, ensuite, distinguer selon le degré de pouvoir discrétionnaire dont dispose l'autorité administrative. Si toutes les règles d'urbanisme rendent obligatoires la délivrance du permis de construire, celui-ci ne saurait être considéré comme irrégulier. À l'inverse, s'il existe une marge de discrétionnalité - ce qui était le cas ici où le terrain, bordé d'un côté de bois, de l'autre de constructions, pouvait être classé dans une zone ou dans une autre - l'illégalité ne découle pas de la règle générale applicable, notamment en matière de police spéciale, selon laquelle, faute de textes, les compétences ne peuvent se déléguer, puisque ici la puissance publique conserve le pouvoir de décider. En revanche elle renonce à exercer une partie du pouvoir largement discrétionnaire qu'elle a d'agir dans tel ou tel sens. C'est parce qu'elle se lie à l'avance en renonçant à examiner librement chaque situation, parce qu'elle voudrait par le contrat faire naître des droits acquis opposables, qu'elle commet une illégalité. Illégalité qui entache dès lors la décision unilatérale reproduisant point par point - la doublure - la convention illégale».*

⁶⁷² J.-B. AUBY, *Contrats publics et urbanisme*, op. cit. p. 4.

⁶⁷³ Article L. 332-11-2: «1. La participation prévue à l'article L. 332-11-1 est due à compter de la construction d'un bâtiment sur le terrain. 2. Elle est recouvrée, comme en matière de produits locaux, dans des délais fixés par l'autorité qui délivre le permis de construire. 3. Toutefois les propriétaires peuvent conclure avec la commune une convention par laquelle ils offrent de verser la participation avant la délivrance d'une autorisation de construire. 4. La convention fixe le délai dans lequel la voie et les réseaux seront réalisés et les modalités de règlement de la participation. Elle précise le régime des autres contributions d'urbanisme applicables au terrain, les dispositions d'urbanisme, les limitations administratives au droit de propriété et l'état des équipements publics existants ou prévus. 5. La convention est, dès publication de la délibération du conseil municipal l'approuvant, créatrice de droit au sens des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 160-5. 6. Si la demande de permis de construire prévue à l'article L. 421-1 est déposée dans le délai de cinq ans à compter de la signature de la convention et respecte les dispositions d'urbanisme mentionnées par la convention, celles-ci ne peuvent être remises en cause pour ce qui concerne le cocontractant de la commune ou ses ayants droit. 7. Si la voie ou les réseaux n'ont pas été réalisés dans le délai fixé par la convention, les sommes représentatives du coût des travaux non réalisés sont restituées au propriétaire, sans préjudice des indemnités éventuelles fixées par les tribunaux».

applicabili all'area, le limitazioni amministrative al diritto di proprietà e lo stato delle dotazioni pubbliche esistenti o previste.

Il senso fondamentale della fattispecie ed il suo carattere del tutto innovativo si colgono soprattutto nei successivi *alinéa* 5 e 6 dell'articolo in esame, ove si prevede anzitutto che la convenzione diviene efficace dalla data della pubblicazione della delibera del consiglio municipale che la approva. In secondo luogo, si precisa che se la richiesta di permesso di costruire è presentata nel termine di cinque anni dalla conclusione della convenzione, le disposizioni urbanistiche in essa menzionate non possono essere modificate nei confronti del richiedente e dei suoi aventi causa.

La convenzione determinerebbe quindi effetti vincolanti per le potestà urbanistiche della stessa amministrazione⁶⁷⁴. Inoltre essa obbligherebbe alla restituzione delle somme versate dal privato, qualora le opere di urbanizzazione non vengano realizzate nel termine indicato.

Su un meccanismo del tutto analogo si basava già il *programme d'aménagement d'ensemble*, che, istituito con la stessa *loi du 18 juillet 1985* è stato abrogato con la *loi du 29 décembre 2010*.

Ammette la possibilità di una convenzione, infine, anche l'art. 332-11-3 *Code. Urb.*, introdotto con la *loi du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement*, che disciplina il *projet urbain partenarial*. La norma prevede, nei casi in cui si rende necessaria la realizzazione di *équipements publics* durante un'*opération d'aménagement ou de construction*, la possibilità di siglare «*une convention de projet partenarial prévoyant la prise en charge financière de tout ou partie de ces équipements*».

Tuttavia, in questo più recente istituto, a differenza di quanto previsto dall'art. 332-11-2, non è ammessa la possibilità che l'amministrazione si impegni per via di accordo a non esercitare il proprio *ius variandi*⁶⁷⁵.

Sembra, in ogni caso, che queste convenzioni appaiano comunque come un primo segnale dell'emergere a livello legislativo di una prassi innegabilmente esistente tra le amministrazioni e i comuni francesi⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ «*L'intervention du procédé contractuel est ici remarquable car, par la volonté du législateur, elle lie la compétence de l'Administration pour la délivrance des autorisation d'urbanisme, au moins quant aux règles de droit applicables au terrain*». P.L. FRIER, *Contrat et urbanisme réglementaire*, op. cit., p. 5. Contra, P. PLANCHET, *Une convention d'aménagement ne préserve pas du changement des règles d'urbanisme*, op. cit., p. 914: «*En réalité, si la convention conclue entre la commune et le propriétaire qui s'engage à préfinancer les équipements est bien créatrice de droits, le dispositif continue à relever d'un mode d'action unilatéral. La nature et le coût des équipements prévus par la convention sont définis par l'administration seule, de même que le contenu des règles d'urbanisme maintenues en application. De plus, la loi subordonne l'acquisition des droits issus de la convention à son approbation par le conseil municipal*».

⁶⁷⁵ N. GONZALEZ-GHARBI, *Une nouvelle participation d'urbanisme négociée: la participation de projet urbain partenarial*, in *Const. Urb.* 2009, p.28 e ss.; J.-P. STREBLER, *Le projet urbain partenarial, contribution souple* au financement d'équipements publics, in *Revue de droit immobilier*, 2009 p. 521 e ss.; G. GOLDFRIN, *Participations d'urbanisme contractualisées: la fin d'un tabou?*, in *Constr.-Urb.* 2008, repère 9; A. DROAL, *Un pas vers la contractualisation*, in *La Gazettes des Communes*, 22 septembre 2008.

Allo stato attuale, si potrebbe perciò ritenere che le *activités de police* non escludano in maniera così netta come in passato la possibilità di ricorrere al *contrat*.

Se il contratto è divenuto uno degli strumenti più importanti nell'*urbanisme opérationnel*, nondimeno esso sta guadagnando un proprio spazio anche nell'*urbanisme réglementaire*. E, non a caso, qualcuno ha avanzato anche l'idea di un superamento di questa duplice settorizzazione del diritto urbanistico francese⁶⁷⁷.

D'altro canto è stato pure sostenuto che *l'interdiction aux techniques d'ordre contractuel dans l'exercice des pouvoirs de police spéciale* sarebbe da collocarsi tra i divieti posti solo per via legislativa⁶⁷⁸. Non vi sarebbe cioè, in quest caso, *une allérgie au contrat par nature*, secondo la distinzione classica che aveva fornito A. de Laubadère⁶⁷⁹. E pertanto, se si accoglie un simile ordine di considerazioni, è la legge stessa che può mantenere questo divieto⁶⁸⁰, o, al contrario, decidere di autorizzare il ricorso alle convenzioni anche nell'ambito dell'*urbanisme réglementaire*.

Ed a noi pare che forse sia proprio quest'ultima la strada che ha scelto di imboccare anche il legislatore francese, almeno nell'ambito del governo del territorio.

⁶⁷⁶ J.-B. AUBY, *Contrats publics et urbanisme*, op. cit. p. 4 ; ID., *Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme*, in *Et. fonc.* 2006, n° 120.

⁶⁷⁷ P.L. FRIER, *Contrat et urbanisme réglementaire*, op. cit., p. 6.

⁶⁷⁸ *Ibidem*.

⁶⁷⁹ *Ibidem*. Del medesimo avviso anche E. FATÔME, *L'urbanisme contractuel*, op. cit., p.67.

⁶⁸⁰ Ciò che secondo alcuni sarebbe in contrasto con lo stesso principio costituzionale di partecipazione sancito nell'art. 7 de la *Charte de l'environnement*: «*Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement*». Cfr. P. PLANCHET, *Une convention d'aménagement ne préserve pas du changement des règles d'urbanisme*, op.cit., p.915.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ALLA PARTE SECONDA

L'ordinamento giuridico francese si caratterizza per posizioni fortemente intransigenti rispetto al principio di consensualità nell'azione delle proprie amministrazioni.

L'esercizio del potere pubblico è *refractaire au contrat*. L'*allergie* è ora proclamata «*par nature*» ora «*par détermination de la loi*».

Nonostante il ricorso a moduli negoziali sia innegabilmente presente nella prassi amministrativa; nonostante una parte della dottrina più recente si sia impegnata a ricercare nuovi nomi che possano descriverne la forma (*actes unilatéraux négociés*, *actes négociés contractuels*, *accords contractuels*, *actes normatifs bilatéraux*, *conventions de police*); nonostante il legislatore medesimo abbia svelato talvolta un proprio *favor*, la ferma chiusura del *Conseil d'Etat* impedisce che gli accordi pubblico-privati emergano dalla palude dell'illegalità.

L'elemento consensuale, laddove sia impossibile espungerlo dal rapporto, al più è ammesso alla stregua di un mero accordo preparatorio, che non emerge al di fuori delle negoziazioni informali condotte con il privato, né di certo accede o vincola l'atto amministrativo unilaterale, unica veste formale possibile per il potere pubblico.

L'*interdiction faite à l'autorité de police de faire recours à une technique d'ordre contractuel*, declinata nel divieto di *délégations des pouvoirs*, di *pactes sur une décision future*, di *substitution d'un contrat à l'acte unilatéral*, seppure sviluppata agli inizi del secolo scorso, mantiene ancora salde le proprie radici e orienta in senso negativo l'intero sistema. E la cogenza del principio non può che impedire di ravvisare l'astratta possibilità giuridica di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento in Francia.

A medesime conclusioni in fondo non può che giungersi anche nell'ambito del governo del territorio. La declinazione ed applicazione particolare del divieto in questo settore, allo stato, rende difficile anche una piena apertura alle convenzioni urbanistiche. Né le *concessions d'aménagements*, quale che sia la loro natura giuridica, possono essere accostate agli "accordi a valle" delle prescrizioni urbanistiche, né, a maggior ragione, nell'*urbanisme réglementaire* può riconoscersi uno spazio agli "accordi a monte". La chiusura è netta e la differenza rispetto al nostro ordinamento evidente.

PARTE TERZA
L'ORDINAMENTO GIURIDICO SPAGNOLO

INTRODUZIONE ALLA PARTE TERZA

Le manifestazioni del principio di consensualità nel diritto amministrativo spagnolo sono il frutto di una peculiare convergenza tra opposti ordinamenti giuridici: da un lato, il modello francese, e, dall'altro, quello tedesco ed italiano.

L'evoluzione che è dato registrare in quest'ulteriore ordinamento, oggetto della nostra disamina, assume una singolare conformazione. Da un momento iniziale di passiva ricezione del *contrat administratif*, si passa all'elaborazione di un modello proprio ed originale di *contrato administrativo*. Ma la singolarità del sistema spagnolo, che ci spinge, infatti, ad una sua compiuta analisi, sta nella ricezione anche della diversa e distinta figura del contratto di diritto pubblico, o, secondo l'espressione tedesca, dell'*öffentlichrechtlichen Vertrag*.

La proficua fusione che così si verifica comporta la coesistenza di una disciplina dei rapporti contrattuali propriamente intesi, soggetta interamente al diritto amministrativo, insieme alla previsione nella *Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del del Procedimiento Administrativo Común*, degli *acuerdos administrativos consensuales*.

La cesura rispetto al predominante modello francese è forte, laddove si consideri che, per il loro tramite, viene superato il tradizionale divieto della *negociabilidad del poder público*.

E' perciò sul processo evolutivo che conduce anche la Spagna ad accogliere il fenomeno della c.d. *administración concertada* e soprattutto i *contratos sobre las potestades administrativas* che si concentrerà l'attenzione (I). La generale abilitazione dell'amministrazione a «*celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos*» fungerà da cornice giuridica per il successivo studio dei *convenios urbanísticos*, che conoscono storicamente un'ampia diffusione nel governo del territorio spagnolo (II). Tali fattispecie sono oggi disciplinate nella singole leggi urbanistiche di pressoché tutte le *Comunidades Autonomas*. La loro analisi ci permetterà di ravvisare nella distinzione legislativamente compiuta tra *convenios urbanísticos de ejecución* e *convenios urbanísticos de planeamiento* il corrispondente spagnolo degli accordi "a valle" e degli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche.

Per l'interesse che questi ultimi hanno ai fini della nostra disamina, si procederà pertanto allo studio delle differenti discipline offerte dalle distinte leggi urbanistiche delle *Comunidades autonomas* a proposito dei *convenios de planeamiento* (III).

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ CONSENSUALE DELLA P.A. IN SPAGNA TRA *CONTRATOS*, *CONVENIOS*, *PACTOS* E *ACUERDOS*. EVOLUZIONE STORICA. CENNI.

SOMMARIO: 1. L'influenza dei modelli francese, tedesco ed italiano nella ricezione nell'ordinamento spagnolo della nozione di *contrato administrativo*. - 2. L'attività amministrativa consensuale: dall'*acción concertada* ai *convenios de colaboración*. - 2.1. La negoziabilità delle potestà amministrative in Spagna: tra «*crisis del contrato*» e *actividad administrativa convencional* nella dottrina moderna. - 2.2. La posizione di E.García de Enterría e di T.R. Fernández Rodríguez. - 2.3. Le tesi di R. Parada Vazquez, F. Garrido Falla e L. Parejo Alfonso. - 3. Nuove giustificazioni positive e teoriche dell'attività amministrativa consensuale: l'art. 88 de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común*. - 3.1. Il concetto di *terminación convencional del procedimiento administrativo* e le diverse classi di *acuerdo administrativo consensual*. - 3.2. La questione dell'efficacia dell'art. 88 e della natura giuridica degli *acuerdos administrativos consensuales*. - 3.3. La causa e l'oggetto degli *acuerdos administrativos consensuales*. - 3.4. Il regime dell'invalidità degli *acuerdos administrativos consensuales*.

1. L'influenza dei modelli francese, tedesco ed italiano nella ricezione nell'ordinamento spagnolo della nozione di *contrato administrativo*.

L'entrata in vigore della *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* e della previsione, nel suo art. 88, della *terminación convencional del procedimiento*, intesa come forma generale ed alternativa all'esercizio di poteri unilaterali da parte dell'amministrazione, non introduce una novità assoluta nell'ordinamento spagnolo. Esistevano, infatti, già in un passato piuttosto remoto fattispecie di esercizio consensuale dei poteri pubblici⁶⁸¹.

La legge del 1992 perciò non infrange un dogma, ma generalizza ciò che già si ammetteva per alcuni settori dell'attività amministrativa⁶⁸².

L'abilitazione dell'amministrazione a *acordar, pactar, convenir o contratar* nell'esercizio ordinario dei propri poteri avrebbe avuto perciò, in Spagna, come effetto quello di generalizzare un nuovo tipo di attività amministrativa, che prende ora posto

⁶⁸¹ L. PAREJO ALFONSO, *La terminación convencional del procedimiento como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, in *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995, p. 155.

⁶⁸² J. TORNOS MAS, *El arbitraje en el Derecho Administrativo: posibilidad de esta figura*, Tribunal Arbitral de Barcelona, BUTLLETI n. 6, 1995, p. 13 e ss..

stabilmente accanto a quella tradizionale a carattere unilaterale ed imperativo, e a quella contrattuale propriamente intesa.

La formazione storica delle manifestazioni consensuali nell'ordinamento spagnolo deve, invero, le sue origini ad una peculiare convergenza tra il modello francese da un lato, e il modello tedesco e italiano, dall'altro.

L'influenza da sempre esercitata dal sistema francese subisce, però, a partire da un certo momento una significativa regressione.

Non può, in realtà, dirsi con esattezza quando l'ordinamento spagnolo si sia distaccato dalle posizioni critiche del sistema francese rispetto alla fattispecie che qui ci interessa, per accogliere le soluzioni elaborate in Germania ed in Italia.

Inizialmente, infatti, la miscellanea dogmatica che connota i primi studi della dottrina spagnola, creò una peculiare sinergia concettuale, in una sintomatica convergenza tra diverse tradizioni giuridiche, nella quale però maturavano una certa confusione ed una mancanza di precise distinzioni.

I primi autori⁶⁸³ si accostarono infatti ai temi del contratto di diritto pubblico, sviluppati in Germania ed in Italia, ma per riportarli ad una figura che poco o niente aveva a che vedervi. Essi, cioè, facevano proprie le tesi tedesche ed italiane d'inizio Novecento, per spiegare un nuovo modello contrattuale di derivazione francese, il *contrat administratif*⁶⁸⁴.

Mutuando le contestazioni di Kelsen e di Miele alle tesi anticontrattualiste sulla disuguaglianza delle parti, sulla mancanza di autonomia negoziale e sull'incomerciabilità dell'oggetto, la prima dottrina spagnola giungeva quindi a

⁶⁸³ In particolare, S. ALVAREZ GENDÍN, *Los contratos publicos*, Reus, Madrid, 1934; F. ALBI CHOVI, *Los contratos municipales*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944. Per una ricostruzione storica dell'evoluzione della figura del *contrato administrativo* in Spagna, si veda R. PARADA VAZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1963; F. ALBI CHOVI, voce *Contratos Administrativos*, in *Nueva enciclopedia Jurídica*, Seix Editor, Barcelona, 1985, p. 434. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *La institución contractual en el Derecho administrativo. En torno al problema de la igualdad de las partes*, RAP, n. 29, 1959, p. 59 e ss.; R. ENTRENA CUESTA, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, RAP, 24, 1957, p. 39 e ss.; J. M. BOQUERA OLIVER, *Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy*, RAP, n. 150, 1999, p. 13 e ss.; J. L. MEILÁN GIL, *La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica*, RAP, n. 99, 1982, p. 7 e ss..

⁶⁸⁴ L'originaria distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis* comportò inizialmente anche in Spagna la devoluzione di tutte le relazioni contrattuali e negoziali intrattenute dalla P.A., in quanto atti di gestione, all'area del diritto privato e, quindi, alla cognizione dei *Tribunales ordinarios*. Tuttavia, con un moto comune tanto alla Spagna quanto alla Francia, una serie di contratti furono successivamente devoluti alla *jurisdicción contencioso-administrativa* dalla *Ley de 2 de abril 1845* (art. 8) e poi dalla *Ley de lo Contencioso-administrativo* del 1888, come successivamente trasfusa nei due *Textos Refundidos* del 1894 e del 1952: «*continuarán, sin embargo, atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos*». Come nota García de Enterría, il «*sin embargo*» si spiegava in ragione della riconosciuta «*índole civil*» che caratterizzava anche le controversie contrattuali dell'amministrazione, le quali, ciononostante (*sin embargo*, appunto) venivano riservate al giudice del contenzioso amministrativo. Così, un po' sotto l'influsso del diritto francese, un po' per ragioni esclusivamente di riparto giurisdizionale, anche in Spagna emerse la distinzione tra contratti di diritto civile e contratti di diritto amministrativo. Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, RAP, n. 41, 1963, p. 102.

riconoscere la possibilità giuridica, anche nel proprio ordinamento, del *contrato administrativo*⁶⁸⁵.

Del resto, come pure si è cercato di descrivere nella precedente Parte II del presente lavoro, ciò che la dottrina italiana e tedesca andavano ricostruendo con fattispecie composite ed a carattere consensuale, non rientrava nella nozione di contratto amministrativo che, in quei medesimi anni, veniva elaborata in Francia. Al contrario, quelle rimanevano, nell'ordinamento giuridico francese, a vocazione prettamente unilaterale⁶⁸⁶.

D'altro canto, le stesse giustificazioni addotte dal *Tribunal Supremo* per riconoscere un'area dei rapporti contrattuali interamente devoluta alla giurisdizione amministrativa, contribuirono ad accentuare questa confusa convergenza tra modelli ontologicamente diversi.

Esse si basavano sulla constatazione secondo la quale alcuni contratti venivano conclusi dall'amministrazione «*como poder público*» e non semplicemente «*como persona jurídica (privada)*». Erano questi i casi in cui, più precisamente, i contratti «*no son actos de gestión, sino verdaderos actos de poder público, a los cuales se añade un elemento contractual*»⁶⁸⁷.

Venivano perciò ricondotte sotto la giurisdizione dei giudici del contenzioso amministrativo non solo quei *contratos* che avevano ad oggetto *obras y servicios públicos*, ma anche le concessioni amministrative, la nomina del pubblico dipendente e l'arruolamento dei volontari nell'esercito⁶⁸⁸.

In Spagna, con l'espressione *contrato administrativo* si faceva quindi generico riferimento tanto ai contratti con cui l'amministrazione si procurava beni e servizi, agendo come cliente sul mercato; tanto a quegli "atti amministrativi unilaterali ai quali si aggiunge un elemento contrattuale", che in Italia e in Germania, una volta superata le

⁶⁸⁵ Un esempio di questa convergenza è presente anche nelle pagine di F. GARRIDO FALLA, *Sustancia y forma del contrato administrativo en el Derecho español*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, Milano, I, 1956, p. 525 e ss.

⁶⁸⁶ Così anche A. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, 1995, p. 168, n. 96, il quale segnala la diversa e più attenta posizione di R. FERNÁNDEZ DE VELASCO, in *Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual*, RGLJ, 144, 1924, p. 566 e ss, ove l'A. non tratta dell'alternativa tra atto amministrativo e contratto di diritto pubblico, ma descrive ampiamente i concetti alternativi alla nozione di contratto in sé considerata: la *Vereinbarung* e la *Gesamtakt*, nonché la teoria statutaria per il contratto del funzionario pubblico, e quella francese sulle *clause contractual et réglementaire* nella concessione.

⁶⁸⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, op. cit., p. 106.

⁶⁸⁸ Si vedano le sentenze de *las Salas del Contencioso-administrativo* 14 de julio de 103; 30 de octubre 1909; 1 de febrero de 1915, 9 de diciembre de 1921; 26 de mayo de 1923; 3 de febrero de 1930; 7 de enero de 1931; 3 de julio de 1950; 25 de octubre 1951, 2 de febrero de 1942; 28 de diciembre 1942: «*en principio la materia de contratación forma parte del contenido propio del Derecho privado...(correspondiendo) a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo en aquellos casos en que la Administración come parte actúa en el ejercicio del ius imperii y por especial prerrogativa marca la norma a seguir*». Si veda, inoltre, il *Dictamen del Consejo de Estado* del 30 noviembre de 1949 (núm. 5278), dove una concessione demaniale viene definita come «*acto administrativo negocial o negocio jurídico de Derecho publico*».

costruzione di Mayer sull'atto amministrativo su sottomissione, vennero concepite alla stregua di un contratto di diritto pubblico.

Perciò, le tesi originarie sull'impossibilità del contratto tra soggetti per natura giuridica differenti, che si pongono in posizione di disuguaglianza, in quanto portatori di poteri e facoltà diverse, si diffusero in Spagna, a causa dell'influenza del poderoso modello francese, per spiegare le ragioni di entrambe le tipologie contrattuali, genericamente ricondotte sotto l'onnicomprendente figura del *contrato administrativo*⁶⁸⁹.

Come segnala García de Enterría⁶⁹⁰, tuttavia, questo criterio giurisprudenziale anomalo per cui alcuni contratti non sarebbero atti di gestione, bensì manifestazione d'imperio, che, se mantenuto avrebbe avvicinato la Spagna al modello tedesco e italiano, fu successivamente abbandonato dall'ordinamento spagnolo. Rimanendo fedele alle proprie origini, esso infatti scelse di seguire, per questi aspetti, la nuova dottrina del *service public*⁶⁹¹.

Si affermava così che è servizio pubblico qualsiasi attività necessaria a soddisfare l'interesse pubblico, in relazione alla quale si attribuiscono competenze all'amministrazione. Il *servicio público* perciò finiva con il coincidere con l'esercizio di ogni funzione pubblica da parte dell'amministrazione, o meglio con il suo *giro o tráfico*. E pertanto, anche ogni contratto con cui direttamente o solo mediatamente l'amministrazione perseguiva una finalità pubblica, assumeva l'appellativo di amministrativo, mentre la presenza dell'interesse pubblico giustificava l'applicazione di *cláusulas exorbitantes del Derecho común*⁶⁹².

⁶⁸⁹ Ancora nella suo saggio del 1959, S. Martín-Retortillo Baquer equiparava il *contrato administrativo* all'*öffentlichrechtlichen Vertrag*, proclamandone la comune natura contrattuale, in spregio alle tesi secondo cui contratto nel diritto pubblico non potrebbe aversi per la necessaria posizione di supremazia che l'amministrazione deve conservare nei confronti del cittadino. Cfr. S.M.-RETORTILLO BAQUER, *La institución contractual en el Derecho administrativo*, op. cit., RAP, n. 29, 1959, p. 59 e ss.

⁶⁹⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, op. cit., p. 106.

⁶⁹¹ La teoria del servizio pubblico, che si poneva ormai in funzione sostitutiva del criterio di riparto basato sulla distinzione tra atti d'imperio-atti di gestione, fu importata in Spagna da R. Fernández de Velasco, con la sua monografia sui *contratos administrativos*. Cfr. R.FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Los contratos administrativos*, 1° ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1926.

⁶⁹² Nella sentenza de 20 de abril de 1936, il *Tribunal Supremo* afferma che la caratteristica propria dei contratti amministrativi era la presenza di «*cláusulas exorbitantes o derogativas de Derecho común, que asumen la consideración de una competencia administrativa retenida, tales como las consignadas en las estipulaciones con referencia a un pliego de cláusulas y condiciones generales elaborado por la Administración para las necesidades y atenciones de los servicios públicos, las cuales, po no hallar equivalente en Derecho civil, donde juegan los elementos personales en plano de igualdad, sólo pertenecen al dominio de los poderes statale que las imponen en virtud de imperio*». Cfr. R. ENTRENA CUESTA, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, op. cit. p. 57 e ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos regulaciones organicas de la contratación administrativa*, RAP 10, 1953, p. 241 e ss.; E. SOTO KLOSS, *La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (A proposito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración)*, RAP, n. 64, 1971, p. 53 e ss.; J. M. BOQUERA OLIVER, *La caracterización del contrato en la reciente jurisprudencia francesa y española*, RAP, n. 23, 1957, p. 193 e ss.. La teoria della c.d. *sustantivación del contrato administrativo* trovò, infine, conferma nella *Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado* e nel suo *texto articulado* del 1965, le cui disposizioni risultavano difficilmente superabili da parte di chi ancora negava validità alla figura. Secondo quanto disponeva l'originario art. 1 della LCE del 1965: «*Los contratos que tengan por objeto directo la ejecución de obras o la gestión de*

2. L'attività amministrativa consensuale: dall'*acción concertada* ai *convenios de colaboración*.

La polemica sul contratto di diritto pubblico propriamente inteso viene invece intrapresa in Spagna solo a partire dagli anni '60, a proposito della qualificazione di atto o contratto da riconoscere alle tecniche impiegate nella *Planificación económica*. E' proprio a questa fase, perciò, che si suole ricondurre l'inizio del dibattito spagnolo sul problema dei *contratos o acuerdos sobre actos y potestades administrativas*, ovverosia sul problema della *negociabilidad del poder público*⁶⁹³.

servicio del Estado o la prestación de suministros al mismo estarán sometidos al derecho Administrativo y se regirán peculiarmente por la presente Ley y sus disposiciones complementarias. Sólo en defecto del ordenamiento jurídico-administrativo será de aplicación el Derecho privado». Con questa disposizione il contratto amministrativo entra definitivamente nell'ordinamento giuridico spagnolo. In questo senso F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II. IEP, Madrid, 1966, p. 33: «*la teoría del contrato administrativo ha surgido como una necesidad impuesta por la realidad, Se trata sencillamente de ciertas relaciones entre la Administración y los particulares acida por la aplicación de una técnica contractual y cuyo regime, sin embargo, difiere sensiblemente del aplicable a los contratos civiles*». Successivamente, però, la riforma del *Título preliminar (disposiciones generales)* disposta dalla *Ley del 17 marzo 1973*, eliminando i criteri oggettivi di distinzione tra contratto di diritto amministrativo e contratto di diritto privato, permise a García De Enterría e Fernández Rodríguez di procedere ad una completa revisione della *doctrina sustantivadora*, adombrando una nuova teoria che superava la tradizionale dicotomia. Assumendo l'unitarietà del concetto di contratto, si ammise da questo momento in poi la pacifica coesistenza di elementi del regime amministrativo e del regime privato nella disciplina della contrattazione delle pubbliche amministrazioni: «*la calificación de un contrato de la Administración como privado o administrativo no tiene por sí misma una trascendencia decisiva en orden a la determinación de la regulación de fondo de unos y otros. En toda clase de contratos de la Administración es patente la mezcla del Derecho Administrativo y del Derecho Privado. Hay, pues, que estar a las reglas específicas de cada contrato, porque sus reglas y no una genérica calificación del mismo como administrativo o como privado, las que definen su concreto regime jurídico*». Vd., GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, tomo I, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1977, p.673. Com'è noto, García De Enterría sostenne inizialmente la necessità di una legislazione statale specifica per questa categoria di contratti, data proprio la loro peculiare natura, vd. in particolare *Dos regulaciones organicas de la contratación administrativa*, RAP 10, 1953, p. 241 e ss. Questa tesi fu tuttavia corretta nel successivo saggio *La figura del contrato administrativo*, RAP 41, 1963, p. 99 e ss. Cfr. per questi aspetti anche F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 93 e ss..

⁶⁹³ Esponenti di questo dibattito sono: R. PAREJO GÁMIR, *Contratos administrativos atípicos*, in RAP, 55, 1968, p. 383 e ss.; J. SALAS HERNÁNDEZ, *El regime de acción concertada*, RAP, 56, 1968, p. 435 e ss.; M. BASSOLS COMA, *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público*, in RAP, n. 82, 1977, p. 61 e ss.; A. GALLEGU ANABITARTE, *La acción concertada: nueva y viejas técnicas jurídicas de la Administración*, in *Libro Homenaje al Profesor Juan Galvañ Escutía*, Universidad de Valencia, 1980, p. 191 e ss.; C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, *Los convenios como tercera categoría de los contratos del Estado*, in *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Madrid, 1982, p. 451 e ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983; J. M. DÍAZ LEMA, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985; E. MALARET I GARCIA, *El régimen jurídico de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid 1991; T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El urbanismo concertado y la reforma de la Ley del Suelo*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.

Lo sviluppo e la crescente complessità economica della Spagna e l'attività di programmazione dello Stato diedero il via ad una considerevole proliferazione di *conciertos* e *convenios*, a vere e proprie negoziazioni con i privati.

Non possono non menzionarsi, anche per l'evidente somiglianza con il caso francese⁶⁹⁴, anzitutto i *convenios de precios* previsti nella legislazione degli anni Sessanta-Settanta (*Decreto Ley de 3 de octubre de 1966, Orden de 24 de octubre de 1966, Decreto de 18 de diciembre de 1971, Decreto Ley de 30 de noviembre de 1973*). L'analogia perdura inoltre ove si considerino gli strumenti impiegati nella c.d. *accion concertada* prevista dalla *Ley del III Plan de Desarrollo, de 15 de junio de 1972*, in base alla quale le imprese assumevano come vincolanti gli obiettivi indicati nel Piano, e che fino a quel momento erano stati intesi come meramente indicativi, in cambio di benefici ed incentivi previsti nel *concierto* con l'amministrazione.

Così, quelle medesime forme consensuali che in Francia assunsero il nome di «*contrats de collaboration*», secondo il neologismo introdotto da A. de Laubadère, in quegli stessi anni, in Spagna, venivano conosciute sotto il termine di *convenios de colaboración*. Oltre alla comune radice semantica, tali fattispecie constavano di una identica *ratio*: l'amministrazione non trattava con i privati per acquistare beni e servizi, ma per acquisire la loro collaborazione per il perseguimento di finalità pubbliche primarie.

Proprio in questo periodo, la dottrina spagnola intraprende allora una discussione sulla natura giuridica da riconoscere alle nuove forme consensuali e concertative impiegate dall'amministrazione. E si ripropone anche in Spagna l'alternativa tra *acto administrativo unilateral necesitado de aceptación* e *contrato*.

La tesi unilateralista – sostenuta, in particolare, da Gallego Anabitarte – tendeva a concepire il *concierto* a carattere statutario, limitandosi, questo, ad applicare quanto prescritto in una disposizione normativa.

Sarebbe stata la *Ley de Plan* a disciplinare in tutto e per tutto la futura relazione tra l'amministrazione e l'impresa, tuttavia perché essa potesse trovare sicura attuazione ed esecuzione si rendeva necessario un *acto administrativo necesitado de colaboración*, un atto amministrativo unilaterale, cioè, che vincolasse il privato in forza della sua espressa accettazione⁶⁹⁵.

Il *concierto* dava vita, invece, ad una relazione giuridica propriamente bilaterale, frutto della convergenza di più volontà, per Salas Hernández e Bassols Coma⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ Si veda, in particolare, il § 1, Cap. 1, Parte II del presente lavoro.

⁶⁹⁵ Per Gallego Anabitarte, il *concierto* è pertanto «*una resolución administrativa, unilateral, declarativa de derechos, necesitada de colaboración (soliciud y aceptación) con cláusulas accesorias previstas en la Ley, de tipo modal, y por incumplimiento muy grave cláusulas accesorias de tipo revocatorio*», Cfr. A. GALLEGO ANABITARTE, *La acción concertada*, op. cit., p. 195 e ss. Del medesimo avviso del resto era anche R. PAREJO GÁMIR, *Contratos administrativos atípicos*, in RAP, 55, 1968, p. 383 e ss..

⁶⁹⁶ J. SALAS HERNÁNDEZ, *El regime de acción concertada*, RAP, 56, 1968, p. 435 e ss.; M. BASSOLS COMA, *Consideracionessobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicasprivadas de interés público*, RAP, n.82, 1977, p. 61 e ss..

L'accordo avrebbe generato – per questi autori – vere e proprie obbligazioni reciproche, a carattere patrimoniale: l'impresa si obbligava a perseguire determinati obiettivi economici, l'amministrazione si impegnava a concedere i benefici e i vantaggi pattuiti.

Fu quest'ultima impostazione ad essere recepita anche dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*⁶⁹⁷ e, quindi, dallo stesso legislatore.

La riforma de la *Ley de Contratos del Estado*, compiuta dalla *Ley de 1 marzo 1973*, introduceva infatti la nuova figura dei *convenios de colaboración* nell'art. 2.7.

La norma, invero, ne forniva una definizione – «*convenios...que, en virtud de autorización del Gobierno celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público*»– al solo fine di escluderli dal campo di diretta applicazione della LCE⁶⁹⁸.

E l'esclusione venne letta da alcuni a conferma delle proprie posizioni anticontrattualiste⁶⁹⁹, e da altri come l'introduzione di un nuovo modello consensuale, sull'esempio della *Vereinbarung* d'origine tedesca, non potendo infatti configurarsi un vero e proprio contratto, stante l'assenza di una contrapposizione tra gli interessi delle parti⁷⁰⁰.

⁶⁹⁷ In questo senso, TS de 9 de julio 1981; 12 de noviembre 1983; 17 de noviembre 1983; 12 de diciembre de 1983; 18 de marzo 1985; TS 16 de enero 1990; 2 de julio de 1994, che richiamano il principio *pacta sunt servanda*.

⁶⁹⁸ La norma fu successivamente modificata dalla *Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989, de 29 de diciembre 1988* e, recepita nell'art. 3.1. d) della successiva *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, 13/1995 de 18 de mayo*, vige oggi immutata nel nuovo art. 4.1 lett. c) e d) del *Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre* «1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley. d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

⁶⁹⁹ Secondo A. GALLEGO ANABITARTE, *La acción concertada*, op. cit., p. 223-224, per esempio, l'esclusione dei *convenios de colaboración* dalla categoria dei contratti amministrativi, implicava il riconoscimento da parte del legislatore della qualità sì di negozio giuridico, ma nel senso e col significato che di negozio giuridico forniva la dottrina tedesca, ossia quale dichiarazione di volontà proveniente da un soggetto pubblico. L'A. quindi confermava la natura dei *convenios de precios* e degli altri *conciertos* descritti nel saggio come *resoluciones administrativas (de tipo y similitud negocial) necesitadas de aceptación*.

⁷⁰⁰ In questo senso, in particolare A. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, op. cit., p. 184. Esclude la riconducibilità dei *convenios de colaboración* alla categoria dei *contratos administrativos*, più di recente, anche TS 18 de febrero de 2004, che però richiama l'applicabilità dei principi di pubblicità, di tutela della concorrenza e di parità di trattamento tra tutti gli operatori: «En la actualidad se suele aplicar sin dificultad el concepto de Convenio, como figura de negocio jurídico sustraído a las reglas legales aplicables al contrato administrativo, a...los convenios de colaboración, o cooperación, para el mejor desarrollo y cumplimiento de una finalidad de carácter público estipulados entre entidades de Derecho Público y sociedades privadas,...de manera que el ente correspondiente viene a canalizar a través de las organizaciones instrumentales creadas dentro de su misma organización el cumplimiento del interés público que se trata de satisfacer...;...la doctrina jurisprudencial entiende que han de someterse a los principios de publicidad, competitividad e igualdad

Si nota un nuovo avvicinamento della Spagna al sistema di derivazione tedesca.

Il modello spagnolo gemmato dal sistema giuridico francese, fiorisce e inizia ora a vivere di vita propria. Può però dirsi che, in fondo, l'azione amministrativa consensuale, l'*administration contractuelle*, l'*administración concertada* costituiscono, nel senso sin qui descritto, una tendenza che ha radici comuni in tutta Europa⁷⁰¹.

La sua diffusione coincide con la rottura delle contrapposizioni gerarchizzanti tra Stato e società, che, dal lato del potere esecutivo e della pubblica amministrazione, si manifesta nella forma di una rivelata inadeguatezza dell'atto amministrativo unilaterale a rispondere alle esigenze di collaborazione tra universo pubblico e sfera privata.

L'accettazione di moduli consensuali a carattere più o meno unitario, la forma più o meno contrattuale della quale rivestire le relazioni pubblico-privato dipendono poi, come dimostra soprattutto l'esperienza francese, dal perdurare di alcuni assiomi di diritto pubblico, che informano lo stesso modello di Stato assunto da ciascun ordinamento.

Non a caso, in Spagna, le relazioni schiettamente consensuali emersero in conseguenza della crisi economica del 1973⁷⁰², e si diffusero una volta arricchite dello spirito democratico e dei valori partecipativi che ispirarono il nuovo processo costituzionale (art. 9.2 CE)⁷⁰³.

Può probabilmente ritenersi che proprio le scelte compiute dal costituente spagnolo segnarono quella rottura tra il modello in analisi e quello francese, cui per tanto tempo quello risultò subalterno. Se perciò volessimo dare una risposta all'interrogativo che ci siamo posti nel primo paragrafo, ovvero quale sia stato il momento in cui la Spagna, abbandonando le soluzioni critiche e negazioniste di stampo francese, abbia inteso intraprendere la strada già segnata dalla Germania e dall'Italia, può probabilmente dirsi che esso coincide con la nuova Costituzione del 1978.

2.1. La negoziabilità delle potestà amministrative in Spagna: tra «*crisis del contrato*» e *actividad administrativa convencional* nella dottrina moderna.

La stessa ricostruzione democratica del Paese dopo la fine della dittatura franchista avvenne in ragione e per il tramite di una *concertación política* a tutti i livelli

de oportunidades». Si vedano altresì, TS 17 de octubre de 2000, 12 de enero de 2001, 20 de diciembre de 2002.

⁷⁰¹ E' questo un dato costantemente registrato anche dalla dottrina spagnola. Si veda, per tutti, R. O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 2° ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 171 e ss. Per un sia pur minimo riferimento alle esperienze di altri Stati europei si rinvia al Cap. II, Parte I del presente lavoro.

⁷⁰² Ma si tratta di un fenomeno da sempre presente in Spagna, come si dirà dei *convenios urbanísticos* nel prossimo capitolo. «*No cabe seguir ignorando por más tiempo que la Administración negocia y que la negociación se ha convertido en un instrumento imprescindible en la tarea de administrar*» affermano E. GARCÍA DE ENTERRÍA, F. TOMÁS-RAMÓN in *Curso de Derecho Administrativo*, 15 ed. Civitas, Madrid, 2011, p. 677.

⁷⁰³ Cfr. M. SANCHEZ MORON, *El principio de participación en la Constitución española*, RAP, n. 89, 1979, p. 171 e ss.;

istituzionali: i *Pactos de Moncloa del 1977*, l'*Acuerdo Nacional sobre el Empleo del 1981*, gli *Acuerdos Económicos y sociales del 1985 e 1986*, e, infine, i *Pactos Autonómicos del 1981 e 1982*⁷⁰⁴.

Le modalità con cui la *Administracion concertada* andava manifestandosi superavano, in questo momento, ogni limite di immaginazione.

Oltre ai *convenios de colaboración* di cui all'art. 7.2. della *Ley de Contratos de Estado (LCE)*, possono annoverarsi i *contratos-programa* dell'art. 91 della *Ley General Presupuestaria (LGP)*, i *convenios expropiatorios* dell'art. 24 della *Ley de Expropiación Forzosa (LEF)*, l'*urbanismo concertado* della *Ley 22/1972 de 10 de mayo*, con cui veniva approvato il *III Plan de Desarrollo Económico y Social*; i *convenios urbanísticos* che andavano sviluppandosi nella prassi delle amministrazioni comunali spagnole, di cui si dirà nel prossimo capitolo, e, infine, i *conciertos fiscales* previsti dall'art. 51.b della *Ley General Tributaria (LGT)*.

L'ampio ricorso a questi nuovi moduli consensuali impose un nuovo interrogativo categorico. Occorre stabilire ora se i nuovi *convenios* e *conciertos* rientrassero anch'essi nella fattispecie del contratto amministrativo, oppure, ammettendo i limiti di questa figura, essi non fossero il sintomo dell'esistenza di una distinta fattispecie a natura più propriamente consensuale.

Fu così che, come accadde per la Francia, anche la Spagna iniziò ad interrogarsi su cosa dovesse intendersi effettivamente per contratto.

E' questo, a nostro avviso, il punto di cesura tra i due ordinamenti, che su questi aspetti approderanno non a caso ad esiti diversi e contrapposti. La Francia si manterrà su posizioni unilateraliste, la Spagna accoglierà la soluzione consensuale.

Benché la dottrina francese, lo abbiamo visto, avesse costantemente ribadito che «*tout accord de volonté, toute convention n'est pas nécessairement un contrat*»⁷⁰⁵, essa dovette scontrarsi con le perduranti posizioni oltranziste del *Conseil d'Etat*, sicché l'alternativa in questo ordinamento rimane tra *contrat administratif*, da un lato, e la negazione di un paradigma consensuale unitario, dall'altro.

La Spagna, dal canto suo, proprio in questo periodo inizia a guardare con curiosità e crescente attenzione agli studi della dottrina tedesca ed italiana⁷⁰⁶, dove la mancanza di un contratto amministrativo, la presenza per converso di un contratto della p.a. soggetto alla disciplina del Codice civile e i tentativi di ricondurre lo schema negoziale nella struttura del procedimento amministrativo mutarono fortemente anche l'impostazione dogmatica spagnola.

⁷⁰⁴ Questi ultimi definiti come vere e proprie *convenciones constitucionales* da L. VANDELLI, in *El ordenamiento español de las Comunidades Autónomas*, Madrid, IEAL, 1982 p. 410.

⁷⁰⁵ Si veda per questi aspetti, il Cap. I, Parte II del presente lavoro.

⁷⁰⁶ Vd., in particolare, S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *El derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones: dos estudios*, Instituto García de Oviedo, Sevilla, 1. ed. 1960 e 2. ed 1996.

Se quindi fino a quel momento, sulla spinta dell'influenza francese, la *teórica de la sustantividad del contrato administrativo* aveva limitato fortemente le riflessioni degli autori spagnoli, escludendo dal loro campo di visuale tutto ciò che non fosse legato ai contratti di beni o servizi conclusi dall'amministrazione, i *convenios fiscales*, i *convenios expropriatorios*, l'*acción concertada* e i *convenios urbanísticos* conquistano ora l'attenzione della dottrina moderna⁷⁰⁷.

2.2. La posizione di E. García de Enterría e di T.R. Fernández Rodríguez.

Peculiare posizione nel dibattito dottrinale spagnolo assumono innanzitutto le tesi di García de Enterría e Fernández Rodríguez⁷⁰⁸.

Questi autori riconoscono, in opposizione all'attività amministrativa unilaterale, l'esistenza di una «*actividad multilateral*» in quelle dichiarazioni, produttrici di effetti giuridici, provenienti dalla congiunta volontà dell'amministrazione e di altri soggetti⁷⁰⁹. Questa costruzione non scaturirebbe dalla mera «*suma o superposición de actos unilaterales propia de cada uno de los sujetos que están en relación*», ma costituirebbe «*algo diferente, un acto jurídico que procede a la vez de dos o más sujetos, como obra conjunta de los mismos, y que constituye entre ellos un vínculo determinado*».

Genericamente – osservano gli autori – questo tipo di attività potrebbe essere ricondotta, come pure era stato sostenuto, nell'ambito dell'attività contrattuale dell'amministrazione. In tal caso, però, sarebbe opportuno riferirsi ad una nozione meramente formale di contratto, inteso quale accordo di volontà volto alla creazione di un vincolo giuridico⁷¹⁰.

Emerge immediatamente la necessità di distinguere in questa macrocategoria, tra una pluralità di distinte fattispecie e tra i loro diversi regimi giuridici. Cosicché la figura dell'*acuerdo de voluntades* finisce con l'essere un espediente della teoria generale, con finalità meramente descrittive, che abbisogna di specificazioni sostanziali.

La prima distinzione da compiersi viene allora operata sulla base dei soggetti contraenti. Si avranno perciò ora *convenios interadministrativos*, quando parte siano due o più amministrazioni, ora *convenios administración-administrados*.

In quest'ultima categoria, gli autori ulteriormente distinguono tra tre diverse tipologie: i *contratos administrativos stricto sensu*; i *contratos de derecho privado* e, infine, i *conciertos*, anche definiti come *convenios de colaboración*. Nelle prime due

⁷⁰⁷ Per una ricostruzione del dibattito, si veda F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, op. cit., p. 98 e ss..

⁷⁰⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R.FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Madrid, qui analizzata nella versione del 2002, tomo I, p. 643 e ss.

⁷⁰⁹ «*Dentro el cuadro sistemático de actuación de la Administración...nos encontramos como figura singular; al lado de las declaraciones unilaterales, las declaraciones productoras de efectos jurídicos que no proceden de la sola voluta de la Administración, sino a la vez de esta voluta y de otra u otras propias de otros sujetos*», cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R.FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, op. ult. cit. p. 671.

⁷¹⁰ «*Acuerdo de dos o más voluntades en vista de la creación de un vínculo jurídico*», ivi, p. 672.

ipotesi l'amministrazione opera sul mercato come semplice cliente, esse hanno ad oggetto un mero scambio di prestazioni patrimoniali.

Diversamente i *conciertos* «no suponen ningún ejemplo de colaboración patrimonial entre partes, un fenómeno económico de intercambio, sino, por el contrario un simple acuerdo sobre la medida de una obligación, o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídico-pública»⁷¹¹. Vengono quindi ascritti a questo diverso gruppo, identificabile con il *contrato de derecho publico* tedesco, proprio le diverse tecniche impiegate a partire dagli anni '60 nella c.d. *administración concertada*.

Non mancano, infine, in García de Enterría e Fernández Rodríguez, le preoccupazioni sull'effettivo atteggiarsi dei poteri pubblici nella nuova cornice negoziale.

In questo senso, essi sostengono che il *convenio* o *concierto* non abilita poteri di cui l'amministrazione non è titolare per legge, ma semplicemente costituiscono una diversa modalità, negoziale appunto, dell'esercizio di potestà pubbliche, alle quali essa non rinuncia.

A loro giudizio, del resto, nel *concierto* si nasconde una coazione non velata, ed un rischio di rottura dell'oggettività, dell'uguaglianza e della giustizia, che l'impersonalità della legge assicura. Proprio per questo, essi considerano che il sistema dei *conciertos* necessiti di un'abilitazione legale specifica, senza la quale essi rappresenterebbero una deroga vietata dall'ordinamento. Non sarebbe infatti concepibile una sostituzione dell'accordo all'atto amministrativo, come forma generale di esercizio dell'attività amministrativa.

2.3. Le tesi di R. Parada Vazquez, F. Garrido Falla e L. Parejo Alfonso.

Su medesime posizioni si colloca anche la tesi di Parada Vazquez⁷¹², benché le preoccupazioni dell'autore per questo fenomeno si colorino ancor più negativamente. Egli, infatti, pur considerando che alcuna difficoltà dogmatica osti alla possibilità che l'amministrazione contratti con i privati, avverte il possibile indebolimento cui lo Stato si esporrebbe con un ricorso eccessivo a questa tecnica, che altro non sarebbe se non una nuova manifestazione dei processi di liberalizzazione e privatizzazione così tanto in voga: «parece como si la Administración se avergonzara de su condición de poder público y de la imposición unilateral de su voluntad sobre los particulares o sobre otras Administraciones inferiores y necesitara del consenso de unos y otros para cumplir incluso con sus funciones soberanas, produciéndose así una necesidad de compromiso que lleva a un uso generalizado e intensivo de la concertación»⁷¹³.

Allo stesso modo di García de Enterría e Fernández Rodríguez, perciò, Parada Vazquez ritiene che in questi casi, l'amministrazione concerti o contratti conservando

⁷¹¹ *Ivi*, p. 675.

⁷¹² R. PARADA VAZQUEZ, *Derecho Administrativo*, tomo I, 2° ed., M. Pons, Madrid, 1990, p. 208 e ss..

⁷¹³ *Ivi*, p. 247 e ss..

una posizione di superiorità, che deriva dallo stesso potere di stabilire questo tipo di relazione giuridica ovvero una di tipo unilaterale, se più favorevole e più congrua per la cura dell'interesse pubblico.

Tuttavia a differenza dei primi, questi ritiene che la normativa della *LCE* non possa applicarsi ai *contratos o convenios sobre objetos públicos*, né per ciò che concerne il procedimento di selezione, né per quello che riguarda le regole di garanzia ovvero altri aspetti tipici di questa regolamentazione, occorrendo pensare a regole proprie per questo nuovo tipo di convenzione.

Diversa appare, invece, la ricostruzione prospettata da Garrido Falla⁷¹⁴.

Anche quest'autore infatti non disdegna affatto che l'esercizio dei poteri pubblici e delle potestà amministrative possa avvenire attraverso l'impiego di strumenti di tipo contrattuale, tuttavia, a differenza della dottrina sin qui analizzata, egli tende ad inglobare tutta l'attività negoziale dell'amministrazione entro un'unica teoria generale, facente capo alla figura del contratto amministrativo.

Risulta giocoforza ancora più normale e semplice per Garrido Falla estendere le tesi tedesche ed italiane sulla figura del contratto di diritto pubblico a questa più ampia nozione di *contrato administrativo*.

Perciò, la presenza dell'amministrazione non impedisce il contratto, ma giustifica la sua natura amministrativa; quanto alla mancanza di autonomia di volontà delle parti, né la *voluntad normativa* dell'amministrazione le impedisce di concludere il contratto, né il contraente privato si trova in una condizione peggiore rispetto alle ipotesi in cui è parte di un *contrato de adhesión*; infine, quanto all'oggetto, esso è indisponibile per i privati, ma non lo è per l'amministrazione, così come già accade con il demanio o i servizi pubblici.

Ben distinta è, infine, la prospettiva di Parejo Alfonso⁷¹⁵, il quale riconduce e spiega il fenomeno in analisi alla luce del passaggio dallo Stato di diritto di tipo liberale allo Stato sociale e di diritto di tipo democratico.

La nuova realtà, alla quale si riferisce l'autore, è caratterizzata perciò da un protagonismo crescente dell'amministrazione nella dinamica sociale, dalla conseguente frattura dei rapporti gerarchizzanti tra Stato e società e, infine, dalla relativizzazione della contrapposizione tra interessi pubblici e interessi privati.

Del resto, la crisi della legge come norma programmatrice dell'attuazione amministrativa e il riconoscimento da parte del legislatore di maggiori margini di discrezionalità comportano, a mo' di contrappeso, la stessa trasformazione della posizione giuridica del cittadino, chiamato ora a partecipare, a collaborare e a negoziare.

Il mutato assetto determina – secondo Parejo Alfonso – una difficoltà nel concepire come ancora possibile una definizione autonoma, astratta, unilaterale ed autoritaria

⁷¹⁴ F. GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativos*, vol. II, 9 ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 35 e ss..

⁷¹⁵ L. PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el derecho publico*, CEC, Madrid, 1991, p. 11 e ss..

dell'interesse pubblico, ragion per cui l'amministrazione ricorre alla collaborazione privata, per il tramite di *conciertos, transacciones y cooperación* con i soggetti privati. Ad ogni modo, anch'egli ritiene insostituibile l'azione unilaterale, e, del resto l'amministrazione anche quando negozia agisce sempre come autorità, sicché i relativi strumenti consensuali devono pur sempre essere soggetti al diritto pubblico.

3. Nuove giustificazioni positive e teoriche dell'attività amministrativa consensuale: l'art. 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común.

In questo contesto teorico e dottrinale, l'art. 88 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común (LRJAP)* introduce nell'ordinamento spagnolo la c.d. *terminación convencional del procedimiento administrativo* e autorizza le amministrazioni spagnole a «*celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado*», con carattere preparatorio ovvero sostitutivo della *resolución administrativa final*.

La norma, più precisamente, dispone:

«1. *Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.*

2. *Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.*

3. *Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.*

4. *Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos»⁷¹⁶.*

⁷¹⁶ L'introduzione della disposizione fu al centro di un lungo dibattito in Parlamento. Inizialmente si propose una formulazione del precetto inversa, volta ad introdurre un divieto generale di concludere accordi, salva espressa autorizzazione di legge: «*Las administraciones públicas no podrán celebrar con persona de Derecho público o provado más acuerdos, pactos, convenios o contratos que los que le permita expresamente el ordenamiento jurídico con vistas a la mejor satisfacción de los fines públicos que tengan encomendados, y de acuerdo con los principios, condiciones y procedimiento que el ordenamiento*

L'art. 88 viene salutato dalla dottrina⁷¹⁷ come una nuova tecnica di amministrare, conforme allo Stato di diritto; un nuovo strumento per migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa, per compensare il deficit di legittimazione democratica, favorendo la ricerca di un maggiore consenso sociale e di una maggiore accettazione delle decisioni assunte dai soggetti pubblici, da parte dei destinatari.

Per il suo tramite l'amministrazione si trasforma in un'organizzazione più dialogante, aperta alla partecipazione e alla negoziazione con i cittadini, più duttile e meno autoritaria, ciò che, al tempo stesso, non significa perdita delle proprie prerogative.

La *terminación convencional del procedimiento* troverebbe, del resto, giustificazione teorica e normativa sia nel diritto comparato, ponendosi ormai in continuità con l'art. 54 e ss. della Legge sul procedimento amministrativo tedesca e con l'art. 11 dell'analoga legge italiana; che nello stesso diritto interno, avendo generalizzato le fattispecie consensuali già previste nell'ordinamento e sparse nelle legislazioni di settore⁷¹⁸.

establezca en garantía del interés público y de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y ante los beneficios y cargas públicas». Il testo originario della norma è citato in A. MENENDEZ REXACH, *Procedimientos administrativos: finalización y ejecución*, in J. LEGUINA VILLA, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 246 e ss..

⁷¹⁷ Cfr. in particolare i numerosi contributi contenuti nell'opera collettiva AA.VV., *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1996, e tra questi in particolare, L. PAREJO ALFONSO, *El artículo 88 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo*, p. 22 e ss.; M. SANCHEZ MORÓN, *La terminación convencional del procedimiento*, p. 77 e ss.; C. NINO VILLAMAR, *La finalización convencional de los procedimientos administrativos desde la perspectiva del ciudadano*, p. 87 e ss.. Si veda altresì l'altra importante opera collettanea dedicata, nell'imminenza dell'entrata in vigore della nuova Legge sul procedimento amministrativo, a questi temi J. LEGUNA VILLA, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, e, in particolare, il contributo di L. PAREJO ALFONSO, *Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, p. 28 e ss.. Dello stesso autore si veda il saggio L. PAREJO ALFONSO, *La terminación convencional del procedimiento como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, in *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995. Altre e numerose sono del resto le monografie, le tesi e i commentari sulla *terminación convencional del procedimiento*, che vengono pubblicati in questi stessi anni, e tra queste F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995; M. SÁNCHEZ MORÓN, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995; A. HUERGO LORA, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, 1998; A. DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; R. O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y Contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 1° ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2001. Tra i numerosi commenti alla legge, R. PARADA VAZQUEZ, *Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común (Estudios, Comentarios y Texto de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1999; e più di recente J. GONZÁLEZ PÉREZ, F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común*, 4° ed. Civitas, 2007, p. 228 e ss..

⁷¹⁸ M. SANCHEZ MORÓN, *La terminación convencional del procedimiento*, op. cit., p. 78 e ss.. Nel senso dell'esistenza di tecniche consensuali in alternativa all'esercizio unilaterale dei poteri amministrativi, già J. L. MEILÁN GIL, *La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva*

Non mancò tuttavia chi, accanto a coloro che valorizzarono gli aspetti positivi della nuova fattispecie, ne mise in evidenza, pur accettandola, i rischi e i pericoli, riproponendo i *caveat* già espressi prima dell'entrata in vigore della *Ley 30/1992*⁷¹⁹.

3.1. *Il concetto di terminación convencional del procedimiento administrativo e le diverse classi di acuerdo administrativo consensual.*

Il riferimento dell'art. 88 ad una pluralità di *acuerdos, pactos, convenios* e *contratos* con cui può concludersi il procedimento amministrativo, ha imposto alla dottrina immediatamente successiva alla *LRJAP* alcune precisazioni definitorie.

La *terminación convencional del procedimiento administrativo* viene così generalmente intesa come «*el acuerdo de voluntades entre una Administración pública y uno o varios sujetos de Derecho, regulado por el Derecho administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquélla deba ejercer una potestad asimismo administrativa y para la terminación o la preparación de la terminación de esté, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica*»⁷²⁰.

La relazione giuridica cui l'*acuerdo administrativo* può quindi dar vita può essere soltanto quella in cui l'amministrazione proietta l'esercizio dei propri poteri unilaterali. L'art. 88 abilita le amministrazioni a stipulare accordi solo nei casi in cui esse siano titolari di poteri autoritativi, potendo in alternativa all'accordo, imporre sempre unilateralmente le medesime obbligazioni, dedotte nel negozio.

Ne discende innanzitutto l'esclusione dal campo di applicazione della norma di tutte quelle altre relazioni di *coordinación* tra soggetto pubblico e privato, facenti capo alla figura dei *convenios de colaboración*. Benché, infatti, essi costituiscano altrettante forme convenzionali impiegabili da parte dell'amministrazione, i *convenios de colaboración* restano distinti dalle eterogenee forme consensuali previste dall'art. 88. Queste ultime costituiscono un'ipotesi di partecipazione del singolo all'esercizio del potere pubblico, che si esprime consensualmente in alternativa ad una manifestazione unilaterale ed autoritativa. I *convenios de colaboración* si atteggiano, invece, come uno strumento collaborativo, su base negoziale, che pur prevedendo reciproche prestazioni, non necessariamente involge la potestà decisoria dell'amministrazione⁷²¹.

historica, op. cit., p. 7 e ss.. Si veda, inoltre, la ricostruzione storica nonché la comparazione con i modelli tedesco e italiano presenti in L. PAREJO ALFONSO, *El artículo 88 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, op. cit.*, p. 22 e ss.

⁷¹⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, in J. LEGUNA VILLA Y M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, op. cit.*, p. 13 e ss.. Per la posizione espressa da quest'autore si rinvia al § 2.2.

⁷²⁰ L. PAREJO ALFONSO, *La terminación convencional del procedimiento como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración, op. cit.*, p. 176.

⁷²¹ L. PAREJO ALFONSO, *El artículo 88 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, op.cit.*, p. 35. L'A. individua l'ulteriore carattere distintivo tra *convenios de colaboración* e *terminación convencional* nel

Si suole distinguere, inoltre, le diverse classi di *acuerdos administrativos consensuales* di cui all'art. 88, sulla base di una pluralità di criteri⁷²².

La principale distinzione, generalmente accolta da tutta la dottrina, opera in considerazione degli effetti prodotti dall'accordo nel procedimento e quindi sullo stesso esercizio del potere pubblico.

Si individuano perciò *acuerdos finalizadores del procedimiento o sustitativos de las resoluciones* e *acuerdos no finalizadores del procedimiento o no sustitativos de las resoluciones*. Le due categorie coincidono rispettivamente con gli accordi sostitutivi e gli accordi integrativi del provvedimento amministrativo, previsti dall'art. 11 della l. n. 241/1990.

Se una differenza può però cogliersi rispetto al nostro ordinamento, essa va ravvisata nell'ulteriore distinzione che si compie a proposito degli *acuerdos no sustitativos de las resoluciones*, tra quelli che producono effetti vincolanti rispetto al contenuto del successivo provvedimento finale e quelli che sono sforniti di una simile efficacia⁷²³.

Quest'ulteriore classificazione deriva dalla stessa formulazione dell'art. 88.1., mentre nel modello italiano essa si scontrerebbe con il principio *pacta sunt servanda*, che è costantemente posto alla base della relazione consensuale, anche dalla stessa giurisprudenza, per il tramite di un'interpretazione estensiva dell'art. 11 comma 2.

Non può comunque celarsi il fatto che gli accordi non vincolanti a carattere preparatorio del contenuto del provvedimento – unica forma giuridica concepibile e ammissibile, come si vedrà, per i *convenios urbanísticos de planeamiento*⁷²⁴ – pongono alcuni problemi in relazione al principio di buona fede e di protezione del legittimo affidamento ingenerato dalla stipulazione nel privato, nonché in relazione alla c.d. attività amministrativa informale, espletata cioè al di fuori dello stesso procedimento⁷²⁵.

Altre ancora sono le distinzioni offerte dalla dottrina.

In ragione del grado di regolazione della relazione giuridica, si distingue tra *acuerdo marco* e *acuerdo* in senso stretto. Con il primo si fissano semplicemente le “regole del gioco”, inclusa la previsione di un successivo accordo che disciplini concretamente il rapporto consensuale (accordo in senso stretto).

fatto che i primi sono normalmente stipulati al di fuori di un procedimento amministrativo, inteso, appunto, quale luogo di sviluppo formale e procedimentale delle potestà decisorie dell'amministrazione.

⁷²² Qui si offre, fra le tante proposte dalla dottrina, quella delineata da L. PAREJO ALFONSO, *La terminación convencional del procedimiento como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, op. cit., p. 178 e ss..

⁷²³ Su questa classificazione, si veda A. MENÉNDEZ REXACH, *Procedimientos administrativos, finalización y ejecución*, in LEGUNA VILLA, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, op. cit., p. 263-265; F. DELGADO PIQUERAS, op. cit., p. 178-179.

⁷²⁴ A proposito dei *convenios de planeamiento*, si segnala la diversa qualificazione di *acuerdos vinculantes, preparatorios de la decisión administrativa pero no integrativos de su contenido*, offerta da A. DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, op. cit., p. 353. Per una compiuta disamina sulla natura giuridica dei *convenios urbanísticos*, in generale, e dei *convenios de planeamiento*, in particolare, si rinvia al § 2.3., Cap. II, Parte II del presente lavoro.

⁷²⁵ L. PAREJO ALFONSO, *La terminación convencional del procedimiento como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, op. cit., p. 180.

In relazione al tipo di obbligazioni pattuite, si individuano poi gli *acuerdos administrativos de ejecución o fijación y de intercambio*, da un lato, e gli *acuerdos complejos e acuerdos simples*, dall'altro.

Ancora, in relazione al momento stesso della stipulazione, si collocano diversamente i *preacuerdos* e gli *acuerdos de arbitraje*.

Con riferimento ai primi, la questione si pone nel senso della stessa possibilità di concludere accordi ancor prima dell'inizio formale di un procedimento amministrativo. La risposta affermativa, secondo una parte della dottrina, dipenderebbe dall'applicazione non dell'art. 88 ma del *principio de libertad de pactos* previsto nella legislazione sui contratti della pubblica amministrazione⁷²⁶. In tal caso, allora, non si tratterebbe di un accordo propriamente inteso, ma di un *convenio de colaboración*, previsto da quest'ultimo complesso normativo⁷²⁷.

Per altri, invece, l'ammissibilità nel caso concreto di accordi conclusi al di fuori del procedimento deriverebbe dalla disciplina di settore, che regola l'attività dell'amministrazione, benché, in linea di massima, possono sempre essere ammessi *preacuerdos no vinculantes*.

Quanto agli *acuerdos de arbitraje*, questi sono resi possibili dall'art. 107.2 *LRJAP*, che contempla la previsione di procedimenti di conciliazione, mediazione e arbitrato, che sostituiscano il normale ricorso amministrativo contro una determinazione dell'amministrazione.

3.2. La questione dell'efficacia dell'art. 88 e della natura giuridica degli *acuerdos administrativos consensuales*.

Una delle questioni che ha impegnato maggiormente la scienza giuridica spagnola all'indomani dell'entrata in vigore della *LRJAP*, è quella dell'efficacia da riconoscere all'art. 88.

Pomo della discordia, in particolare, è il comma 1 della norma, che nel riconoscere la possibilità per l'amministrazione di stipulare patti, accordi, convenzioni e contratti, aggiunge «*con el alcance, efectos y regimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule*».

La disposizione è stata oggetto di due contrapposte interpretazioni.

Per Delgado Piqueras deve riconoscersi all'art. 88 la natura di abilitazione generale delle amministrazioni a concludere accordi amministrativi. Il rinvio alla disciplina di

⁷²⁶ La *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* del 1995, nel suo art. 4 (oggi, art. 25 del *Decreto Legislativo 3/2011, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*) disponeva «*La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla*».

⁷²⁷ L. PAREJO ALFONSO, *op. ult. cit.*, p. 183.

settore deve, perciò, essere inteso solo come una specificazione ed implementazione da parte della legislazione speciale, della disciplina applicabile all'accordo.

Da quest'impostazione discende la possibilità per l'amministrazione di poter sostituire l'accordo al provvedimento ogniqualvolta lo ritenga opportuno, e quindi il suo carattere pienamente alternativo all'esercizio unilaterale dei poteri pubblici⁷²⁸.

Su posizioni contrarie si colloca Menéndez Rexach, cui fa seguito la maggior parte della dottrina spagnola: il riferimento al regime giuridico specifico degli accordi non solo esclude che la previsione possa avere carattere di abilitazione generale, ma comporta che esso resti inoperante in assenza di una specifica previsione di settore, che legittimi e disciplini l'accordo. E' fatto salvo in ogni caso l'accordo preparatorio non vincolante⁷²⁹.

Altro aspetto dal quale scaturiscono diverse visioni teoriche è inoltre quello della natura giuridica da riconoscere ai differenti *acuerdos, pactos, convenios y contratos* citati dall'art. 88.

L'alternativa che generalmente si pone è, ancora una volta, tra il riconoscimento del carattere di manifestazioni consensuali dell'esercizio di potestà amministrative unilaterali e la natura di veri e propri contratti amministrativi⁷³⁰.

Si può ritenere che, fatte le dovute distinzioni, questa polemica non differisca poi molto dalla disquisizione teorica che ancora impegna la dottrina italiana a proposito del contratto di diritto pubblico e del contratto ad oggetto pubblico.

In Spagna, però, la difficoltà di inquadramento dipende innanzitutto dalla stessa terminologia impiegata nella norma, ove si fa riferimento non ad un'unica figura ma ad una vasta gamma di fattispecie consensuali e contrattuali.

Una prima impostazione del tema è attribuibile a Velasco Caballero⁷³¹, secondo il quale i *convenios* della Ley 30/1992 «*son, más que contratos, terminación convencional de un procedimiento en principio unilateral y resolutivo*», e conseguentemente, salvo «*concretas previsiones de normas de desarrollo del artículo 88*», è esclusa l'applicabilità delle norme della *Ley de Contratos* e, conseguentemente, anche di quelle sui *contratos civiles o mercantiles*.

Delgado Piqueras, al contrario, propugna una spiegazione puramente contrattuale. L'autore parte infatti da un concetto ampio di contratto che comprende ogni accordo di

⁷²⁸ La tesi di Delgado Piqueras è sostenuta anche da L. PAREJO ALFONSO, *op. ult. cit.*, p. 185 e ss..

⁷²⁹ A. MENENDEZ REXACH, *Procedimientos administrativos: finalización y ejecución, op.cit.*, p. 263 e ss.. In questo senso anche la maggior parte della dottrina, tra cui R. PARADA VAZQUEZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones, op. cit.*, p. 314; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo, op. cit.*, (1993), p. 499-500; M. SANCHEZ MORÓN, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación op. cit.*, p. 14; J. A. LOPEZ PELLICER, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 146, 1996, p. 103.

⁷³⁰ Cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación convencional del procedimiento administrativo*, 2° ed., Aranzadi, 2004., p. 297 e ss..

⁷³¹ F. VELASCO CABALLERO, *Las clausulas accessorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 307 e ss..

volontà⁷³². Con questa premessa, egli afferma che «*las figuras convencionales creadas por la Ley 30/1992 en su artículo 88 pertenecen (...) a un mismo género institucional: el contrato*»⁷³³. Ne discende che il regime giuridico di tali fattispecie sarà determinato, in primo luogo, dalla *Ley 30/1992* e, quindi dalla legislazione sui contratti, dalle altre norme e principi del diritto amministrativo, in quanto applicabili, e, in ultima istanza, dalle stesse norme di diritto privato⁷³⁴. Vale, in definitiva per Delgado Piqueras, la qualificazione dei *convenios* in parola alla stregua di *contratos administrativos especiales*.

Gli accordi amministrativi sono ugualmente ricondotti alla categoria del contratto anche da Gonzales-Cuéllar Serrano⁷³⁵. Altri autori, invece, optano per una tesi mista, apprezzando la coesistenza nell'art. 88 di figure di varia natura. Alcune avranno carattere contrattuale e a queste, conseguentemente, si applicherà il regime giuridico dei contratti. Altre, invece, a natura più propriamente consensuale, saranno rette dal regime giuridico degli atti amministrativi, con applicazione di alcuni particolari principi, come quello della buona fede.

E' questo il caso, tra gli altri, di Sánchez Morón⁷³⁶, di Menéndez Rexach⁷³⁷, di De Palma del Teso⁷³⁸ e di Bustillo Bolado⁷³⁹.

In particolare, per Sánchez Morón gli accordi sostitutivi del provvedimento hanno una chiara valenza contrattuale. Per il resto si tratterebbe di mere figure negoziali, il cui regime deve inquadarsi nel blocco normativo degli atti amministrativi.

Per Ángel Menéndez Rexach i *convenios sustitativos de resoluciones* sono contratti; quelli *preparatorios de la resolución sin carácter vinculante* sono atti di tramite inseriti in un procedimento. E quanto ai *convenios vinculantes pero no sustitativos*, l'autore non si pronuncia espressamente, benché sembri volerli inquadrare al di fuori del concetto di contratto.

⁷³² F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del Procedimiento Administrativo*, op. cit. p. 172. Nello stesso senso anche J. GONZÁLEZ PÉREZ, F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común*, 4° ed. Civitas, 2007, p. 2233 e ss..

⁷³³ *Ivi*, p. 171.

⁷³⁴ *Ivi*, p. 171-184.

⁷³⁵ M. L. GONZALES-CUÉLLAR SERRANO, *Los procedimientos tributarios: su terminación convencional*, Madrid, Colex, 1998 p. 189.

⁷³⁶ M. SÁNCHEZ MORÓN, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común*, op. cit., p. 16-17; ID., *La terminación convencional de los procedimientos*, p. 80-82. Quanto ai *convenios* che non pongono fine ad un procedimento, l'A. ammette tuttavia che «*no puede aplicarse siempre en putifad la calificación de contrato...encierran siempre un negocio bilateral o un compromiso entre partes*», in *La terminación*, op. cit., p. 81.

⁷³⁷ A. MENENDEZ REXACH, *Procedimientos administrativos: finalización y ejecución*, op. cit., p. 262, dove inizialmente li definisce come *acuerdos bilaterales* e poi come *contratos*.

⁷³⁸ A. PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, op. cit., p. 239 e ss..

⁷³⁹ R.O. BUSTILLO BOLADO, *Convenios y contratos administrativos*, op.cit. p. 230 e ss..

De Palma del Teso sostiene, invece, che tutti gli accordi procedimentali siano negozi giuridici bilaterali o plurilaterali, solo alcuni dei quali possono intendersi come dei veri e propri contratti, tra i quali, in particolare gli accordi procedimentali a contenuto patrimoniale.

Per Bustillo Bolado, appartengono al genere del contratto i *convenios finalizadores del procedimiento*, in quanto per il loro tramite si crea, estingue o modifica una relazione giuridica, ciò che costituisce il *proprium* della figura contrattuale.

Non parteciperebbero di questa natura, invece, sia i *convenios que vinculan (en todo o en parte) pero non sustituyen a la resolución*, che *los acuerdos no vinculantes para la resolución final*.

Parejo Alfonso ritiene, infine, che «*la figura plantea, sin duda, dificultades para si plena integración en el esquema jurídico-administrativo establecido y su desembrazado y normal juego en la práctica. De un lado, pertenece a la categoría del contrato (...) pero, de otro y en lo que aquí más importa, generaliza (más ella de campo habitual: la actividad contractual propiamente dicha) el acuerdo de voluntades como generadas de reglas jurídico-administrativas, hace al sujeto ordinario parte activa de la definición y realización del interés general y trae a primer plano relaciones jurídicas (...) basadas en aquella reglas; con la consecuencia, todo ello, del trastocamiento de elementos basales de la arquitectura establecida del Derecho Administrativo y la necesidad, por tanto, de un verdadero cambio en la construcción dogmatico de éste*»⁷⁴⁰.

3.3. La causa e l'oggetto degli *acuerdos administrativos consensuales*.

Tra gli elementi degli *acuerdos administrativos consensuales* che assumono particolare rilievo, anche per la comunanza di giustificazioni rispetto al nostro ordinamento, vi sono la causa e l'oggetto.

La causa dell'accordo, in assenza di una precisa definizione legislativa, viene fatta coincidere, sulla base di quanto generalmente si ritiene a proposito del contratto, con il proposito, esplicito o implicito, comune alle parti, e meritevole di tutela da parte dell'ordinamento. Lungi tuttavia dall'identificarsi integralmente con la nozione di causa presente nel diritto civile, nell'accordo essa viene adeguata al contesto consensuale e di partecipazione del privato all'esercizio del potere pubblico.

Ciò infatti impone che si debba tener presente, nella sua configurazione, della stretta finalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico⁷⁴¹, nonché del rispetto di alcuni principi, a cominciare dal principio di legalità.

⁷⁴⁰ L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo, Instituciones generales: bases, fuertes, organizaci'on sujetos, actividad y control*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003, p. 942-943.

⁷⁴¹ Ciò che, del resto, viene precisato anche dallo stesso comma 1 dell'art. 88: «*Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado*»

Ne discende che se il proposito comune alle parti trascende il perseguimento di finalità di interesse generale, e quindi elude il fine legale tipico previsto dalla norma attributiva del potere, l'accordo sarà viziato per illiceità della causa⁷⁴².

Con riferimento all'oggetto dell'accordo, esso consisterà perciò anzitutto nella definizione consensuale dell'interesse pubblico in concreto.

L'art. 88 pone fine, sotto questo punto di vista, al principio de la *insusceptibilidad de la negociación sobre el objeto de la potestad administrativa*.

Il punto però deve essere meglio precisato, in quanto oggetto di precise disposizioni nella norma.

Il comma 1, anzitutto, esclude dalla negoziazione con i privati quelle *materias no susceptibles de transacción*. La disposizione, apparentemente contraddittoria, viene generalmente intesa come un rinvio alla disciplina di settore, per cui l'accordo sarà possibile in tutte quelle materie la cui disciplina non vieta espressamente un esercizio in forma consensuale del potere⁷⁴³.

In secondo luogo, il comma 4 dispone che «*los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos*».

La norma impone il rispetto delle competenze attribuite all'organo amministrativo, nonché delle responsabilità dell'autorità e dei funzionari in relazione al funzionamento del servizio pubblico.

Con riferimento al divieto di alterazione delle competenze degli organi amministrativi, esso anzitutto non si riferisce al solo organo che stipula l'accordo, ma deve intendersi come riferibile alle potestà di qualsiasi organo della stessa o di altra amministrazione. Allo stesso modo deve intendersi il divieto di alterazione delle responsabilità delle autorità e dei funzionari in relazione al funzionamento del servizio pubblico, espressione, quest'ultima da intendersi in senso lato ed equivalente al *giro o tráfico* dell'amministrazione⁷⁴⁴.

I due divieti, di fatto, coincidono nella medesima *ratio*, consistente in un generale divieto di modificazione del regime stesso dell'attività e delle potestà amministrative dedotte nell'accordo, così come precisamente disciplinata dalla legge.

Diversamente si atteggia, poi, il contenuto dell'accordo rispetto al principio di legalità.

⁷⁴² L. PAREJO ALFONSO, *La terminación convencional del procedimiento como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, op. cit., p. 191, secondo il quale se tutta l'attività amministrativa si giustifica in relazione all'interesse pubblico perseguito, e se l'accordo altro non è che una forma alternativa all'esercizio unilaterale dei poteri, non può che ritenersi che unica causa possibile sia il conseguimento del medesimo interesse pubblico. L'autore tiene poi distinta la causa, dai motivi che inducono ciascuna delle parti alla negoziazione.

⁷⁴³ L. PAREJO ALFONSO, *La terminación convencional del procedimiento como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, op. cit., p. 199.

⁷⁴⁴ *Ivi*, p. 204-205.

In linea generale si ritiene che con gli accordi possono dedursi solo le obbligazioni già previste dall'ordinamento, in quanto essi altro non sono che una modalità alternativa di esecuzione di una norma da parte dell'amministrazione. Ne discende che l'accordo non può stabilire più di quanto sia previsto dalla legge, anche in ossequio al principio di proporzionalità e di *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*.

Quando però la norma attributiva del potere lasci sufficienti margini di discrezionalità all'amministrazione, nulla vieterebbe che l'accordo possa prevedere prestazioni ulteriori rispetto a quelle legislativamente predeterminate. Fonte delle obbligazioni, in tal caso, non sarà una previsione di legge o di regolamento, ma l'accordo stesso⁷⁴⁵.

Sempre con riferimento al contenuto dell'accordo, sovviene, infine il comma 2 dell'art. 88, che richiede l'identificazione delle parti intervenienti e l'indicazione dell'ambito personale, funzionale, territoriale e temporale dell'accordo⁷⁴⁶.

3.4. Il regime dell'invalidità degli *acuerdos administrativos consensuales*.

L'art. 88 non prevede nulla a proposito del regime di invalidità.

Alcune considerazioni possono tuttavia trarsi dai limiti che il comma 1 pone al ricorso agli accordi: «...*siempre que no sean contrarios al ordinamento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado (las Administraciones)*».

Come si nota, la norma prevede altrettanti requisiti di validità della fattispecie, e coincidenti con quelli previsti dal Codice civile per i contratti (artt. 1255, 1258, 1271, 1275 C.civ.): la conformità a diritto, la certezza e la liceità dell'oggetto; l'esistenza e la liceità della causa.

Il silenzio della norma in materia comporta che l'identificazione del regime di invalidità degli accordi amministrativi dipenda, in concreto, dalla diversa natura giuridica che si intenda loro riconoscere.

Laddove si ammetta una prossimità con la figura del contratto, varranno le norme sull'invalidità previste per i contratti amministrativi agli artt. 31-39 del *TR de la Ley de los Contratos del sector público*; viceversa laddove se ne riconosca una valenza consensuale, varranno quelle previste per gli atti amministrativi agli artt. 62 e 63 LRJAP⁷⁴⁷. Resta in ogni caso fermo quanto previsto dal comma 1 dell'art. 62, che prevede in via generale la nullità di tutti gli atti lesivi di diritti fondamentali.

⁷⁴⁵ *Ivi*, p. 182.

⁷⁴⁶ In particolare, il campo di applicazione personale dell'accordo rinvia alla posizione dei terzi. Nel silenzio della norma si ritengono applicabili i principi del Codice civile, che ammettono i contratti *en favor de tercero* e ritengono nulli quelli *en perjuicio de tercero* (art. 1257 c.c.). Del resto, anche lo stesso *apartado 3* può essere inteso come un'espressione del principio di inefficacia dell'accordo rispetto ai terzi, laddove richiede l'approvazione espressa del Consiglio dei Ministri, quando l'accordo abbia ad oggetto una materia che rientri nella competenza di quest'ultimo. Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 432.

⁷⁴⁷ Secondo L. PAREJO ALFONSO, *La terminación convencional del procedimiento como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, *op. cit.*, p. 206, la prossimità degli accordi al

CAPITOLO II

I CONVENIOS URBANÍSTICOS

SOMMARIO: 1. Antecedenti ed evoluzione dei *convenios urbanísticos* in Spagna. Dalla *Ley de Expropiación Forzosa* del 1863 ai *convenios* nelle tecniche di *alienación* e nei *Planes de ensache*. - 1.1. La *Ley del Suelo* del 1956 e l'*urbanismo concertado* nelle riforme degli anni 1972-1975. - 1.2. La generalizzazione dei *convenios urbanísticos* a margine della *Ley del Suelo* e la prima reazione della giurisprudenza. - 1.3. Il mutato atteggiamento del *Tribunal Supremo* e nel *Texto Refundido de la Ley del Suelo* del 2008. 2. I *convenios urbanísticos* nella legislazione delle *Comunidades Autónomas*. 2.1. Il concetto di *convenios urbanísticos*. - 2.2. Classi e oggetto dei *convenios urbanísticos*. - 2.3. Natura e regime giuridico dei *convenios urbanísticos*. - 2.4. Responsabilità patrimoniale dell'amministrazione per inadempimento di un *convenio urbanístico*. - 2.5. Aspetti processuali. Impugnazione dei *convenios urbanísticos* e *acción pública*.

1. Antecedenti ed evoluzione dei *convenios urbanísticos* in Spagna. Dalla *Ley de Expropiación Forzosa de 1863* ai *convenios* nelle tecniche di *alienación* e nei *Planes de ensache*.

In Spagna, la diffusione di forme convenzionali nell'urbanistica conosce i suoi primissimi antecedenti già nel XIX secolo⁷⁴⁸. Si può dire infatti che il loro impiego

contratto impedisce l'applicabilità delle disposizioni sull'invalidità degli atti amministrativi: «*el recurso al regime de invalidez de los actos administrativos implicaría una inaceptable defraudación dela específica participación en el ejercicio de las potestades administrativas que institucionaliza la terminación convencional, por la vía de su desnaturalización a travs dela creación de una figura mixta convencional-unilateral insusceptible de adecuado encaje y sistematización*». In questo senso anche R. PARADA VAZQUEZ, *Regímen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común*, op. cit., p. 332.

⁷⁴⁸ Cfr. su questi aspetti, M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español (1812.1956)*, Madrid, Civitas, 1973; A. HUERGO LORA, *Los convenios Urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1998, p. 41 e ss.; J. A. LOPEZ PELLICER, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* - Núm. 146, Enero 1996, p. 97-130; J.M. ARREDONDO GUTIERREZ, *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, 2° ed., Granada, 2003; R. O. BUSTILLO BOLADO, J.R. CUERNO LLATA, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, Aranzadi, Pamplona, 1997; A. CANO MURCHA, *Teoría y Practica del Convenio Urbanístico. Comentarios, Legislación, Jurisprudencia y Formularios*, 6 ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008; A. DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El urbanismo concertado y la Ley del Suelo*, *Institutos de Estudios Administrativos*, Madrid, 1974; F. ROMERO HERNÁNDEZ, *Los conciertos urbanísticos atípicos*, in *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 95, 1985, p. 29 e ss.; ID., *Compromisos y garantías en el planeamiento de iniciativa particular*, in *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 104, 1987, p. 35 e ss.; M. FRANCH I SAGUER, J. GIFREU I FONT, *Los convenios urbanísticos en la legislación española*, in *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, 2005, Universidad Autónoma Nacional de México, p. 65 e ss.; F.E. FONSECA FERRANDIS, *La liberalización del Suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999; M. LORA-TAMAYO

rappresenti una realtà costante e da sempre presente in questo settore dell'azione amministrativa spagnola⁷⁴⁹.

In particolare, il fenomeno dei *convenios urbanísticos* si lega, alle origini, alla mancanza di strumenti adeguati per attuare le differenti politiche urbanistiche che si succedettero, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, nell'*ordenación del suelo* iberico. In assenza di ben definite competenze pianificatorie in capo ai comuni, a questi riconosciute solo a partire dalla *Ley del Suelo del 1956*, nonché di idonei sistemi di attuazione, le prime tecniche di *alineación* e i *Planes de Ensanche* si svolsero essenzialmente per via di accordo con i proprietari, spesso in predilezione rispetto alle soluzioni offerte dal regime dell'espropriazione forzata.

Nondimeno, il primo segnale del ricorso all'accordo con i privati, inteso quale alternativa all'esercizio di poteri autoritativi espressi unilateralmente dall'amministrazione, si ebbe proprio in questo campo. La *Ley de Expropiación Forzosa de 17 de julio 1836* già prevedeva infatti *convenios para la fijación del justiprecio del bien expropiado*, anche definiti come *mutuos o amigables acuerdos* o più semplicemente come *convenios expropiatorios*⁷⁵⁰.

In materia di *alineación urbanística* – tecnica pianificatoria primigenia con la quale le amministrazioni separavano il suolo pubblico a partire dalla rete viaria, dalle parcelle territoriali edificabili dai privati – il *Real Orden de 9 de febrero de 1863* metteva in luce, in quel periodo, non solo l'esistenza e la diffusione di pratiche convenzionali, ma anche la preferenza di queste rispetto «*al medio extremo de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública*»⁷⁵¹.

Tuttavia, nel quadro dei processi di *alineación*, i *convenios*, benché non mancasse un contenuto prettamente urbanistico delle obbligazioni in essi dedotte, vennero qualificati dalla giurisprudenza come meri *contratos civiles*, aventi ad oggetto la permuta o la compravendita di porzioni di terreno tra comuni e proprietari⁷⁵².

Anche nell'ambito delle finalità di sviluppo urbano perseguite della successiva *Ley de Ensanche de 17 de junio de 1864* fu previsto il ricorso a *convenios expropiatorios* e a *convenios sustitutivos de la expropiación*⁷⁵³.

VALLVÉ, *Historia de la Legislación Urbanística*, Iustel, Madrid, 2007; M. P. OCHOA GÓMEZ, *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*, La Ley, Madrid, 2006.

⁷⁴⁹ A. CANO MURCIA, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, op. cit., p. 29.

⁷⁵⁰ F. DELGADO PIQUERAS, *La terminación convencional del Procedimiento Administrativo*, op. cit., p. 131.

⁷⁵¹ Così, anche il successivo *Real Orden de 4 de abril de 1869* prevedeva nel suo art. 2 che: «*cuando para llevar los proyectos de apertura y alineación de calles no haya lugar a expropiación forzosa, ya por condiciones particulares del proyecto, ya por convenio de la municipalidad con los interesados en el pago de sus propiedades o de los perjuicios que la reforma les causa, el expediente formado para la aprobación y realización del proyecto quedará resuelto y ultimado por el Gobernador de la provincia*».

⁷⁵² TS 5 denoviembre de 1836; cit. in A. CANO MURCIA, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, op. cit., p. 30.

⁷⁵³ La legge definisce «*la urbanización de los ensanches*» come «*un medio instrumental para facilitar la rápida edificación de viviendas o alojamientos de la forma más rápida y cómoda para los propietarios*». Allo stesso modo, García de Enterría qualificò questa tecnica urbanistica come una «*adición de nuevos barrios al casco antiguo, con los cuales se planean enteros de una manera abstracta generalmente por*

Con particolare riferimento a questi ultimi, nel suo art. 13, la *Ley de Ensache del 1864* riconobbe la possibilità per le amministrazioni comunali di sostituire il procedimento di espropriazione forzata per la realizzazione delle necessarie opere di urbanizzazione, con la cessione volontaria dei terreni da parte dei proprietari, in cambio di esenzioni di natura fiscale.

In tal modo, in alternativa al pagamento di una somma equivalente al valore del bene espropriato, il comune, mediante apposito accordo, esimeva il privato dal pagamento per un determinato periodo di tempo dei maggiori oneri gravanti sulla restante parte della proprietà, conseguenti all'incremento di valore della stessa per effetto della nuova urbanizzazione⁷⁵⁴.

Ma la norma si spingeva oltre, prevedendo anche la possibilità che fossero i medesimi privati ad assumere direttamente la realizzazione delle opere di urbanizzazione o di ampliamento necessarie, in cambio sempre dell'esenzione dal pagamento dei dovuti oneri fiscali. E la dottrina vide in questo accordo, in cui il privato assume per la prima volta una prestazione di *facere*, il modello precursore dei più recenti *convenios urbanísticos*⁷⁵⁵.

Lo stesso legislatore nel disciplinare queste ipotesi di convenzionamento aveva ben chiara del resto la loro natura negoziale. L'art. 16 della successiva *Ley de Ensache de 22 de diciembre 1876* disponeva: «*podrán, en consecuencia, celebrar con los Ayuntamientos y con los demás propietarios interesados en el establecimiento de las nuevas vías todos los contratos que se estimen convenientes sobre los particulares relacionados en esta ley*»⁷⁵⁶.

Ugualmente opinava la giurisprudenza, della cui natura contrattuale, in ragione dello scambio tra benefici fiscali e cessione di terreni o altre prestazioni di fare, non dubitava, salvo discutere adesso circa la loro appartenenza alla categoria dei *contratos administrativos* o *civiles*⁷⁵⁷.

cuadrículas regulares». Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, L.PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981, p. 32. La *Ley de 29 de junio de 1864* venne poi sostituita dalla *Ley de 22 de diciembre 1876* e completata dalla *Ley de 26 de julio de 1892 para el ensache de Madrid y Barcelona*. La LE/1876 modificò il procedimento di determinazione del *justiprecio*, mentre mantenne sostanzialmente intatta la disciplina dei due tipi di *convenios sustitativos de la expropiación* previsti nel 1864. Cfr. O. BUSTILLO BOLADO, J.R. CUERNO LLATA, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, op. cit., p. 59.

⁷⁵⁴ «*A los propietarios o empresas que sin costear las obras que en este artículo de hace referencia, cedan en propiedad a los Ayuntamientos los terrenos necesarios para la vía pública, se les podrá condonar por el espacio de tiempo que se estipule el recargo extraordinario*»

⁷⁵⁵ Del tutto simile a questa era, del resto, la logica di scambio posta alla base delle *concesiones de las obras de urbanización*, previste dall'art. 93 e seguenti del *Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa*, approvato il 13 giugno del 1879, ove mediante un accordo i proprietari si impegnavano alla realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione sui propri terreni, anziché subire un'espropriazione delle c.d. *zonas laterales*.

⁷⁵⁶ O. BUSTILLO BOLADO, J.R. CUERNO LLATA, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, op. cit., p. 54.

⁷⁵⁷ Si esprimevano ancora a favore della natura privatistica TS de 6 de mayo de 1872; 14 de octubre de 1889; 12 d febrero de 1904; 29 de octubre de 1909.

Tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo nuove forme di accordo si ritrovano anche nell'ambito dell'edilizia popolare. Per far fronte agli imponenti processi di inurbamento e all'esigenza di dar vita a costruzioni immobiliari a basso costo, vennero previste infatti forme di sovvenzionamento per le imprese edilizie, cui accedere mediante apposita procedura ad evidenza pubblica⁷⁵⁸.

E' stato osservato come la diffusione di queste forme di accordo pubblico-privato trovasse giustificazione anche nella *debilidad económica* dei comuni spagnoli, che non erano in grado di sostenere né le conseguenze economiche dell'espropriazione forzata, né di procedere direttamente all'urbanizzazione del terreno comunale. L'accordo con i proprietari permetteva di superare simili difficoltà, ora esentandoli dalla corresponsione fiscale, ora consentendo di avvalersi direttamente dei loro apporti materiali.

1.1. Dalla Ley del Suelo de 1956 a l'urbanismo concertado nella riforma del 1975.

Con l'entrata in vigore de la *Ley del Suelo de 1956* – «verdadero acto de nacimiento de un Derecho urbanístico español por fin maduro, orgánico y omnicomprensivo»⁷⁵⁹ – la qualificazione giuridica delle potestà urbanistiche come funzioni pubbliche e, quindi, l'attribuzione alle amministrazioni della titolarità delle competenze in materia di formazione ed esecuzione dei relativi piani, determinarono una netta retrocessione del ruolo del privato nei processi di pianificazione ed urbanizzazione.

I comuni, ora dotati finalmente di poteri di piano, dovevano esercitarli unilateralmente, a cura e garanzia di tutti gli interessi emergenti dal territorio, senza dover negoziare singolarmente con alcuni proprietari e senza dover cedere alle loro esigenze. La stessa potestà di conformazione della proprietà privata, ad essi riconosciuta, rendeva meno necessaria la negoziazione⁷⁶⁰.

Nondimeno, non mancò nella stessa legge, e nella nuova *Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954*, di soli due anni precedente, la conferma di *convenios* con le medesime finalità di sostituzione del procedimento di espropriazione forzata (art. 100), nonché di quelli tesi alla realizzazione diretta de *los gastos de urbanización* (artt. 137-141)⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ G. FERNÁNDEZ FERRARES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, p. 321 e ss.

⁷⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, L.PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, op. cit., p. 94. Tra le importanti fondamenta del diritto urbanistico spagnolo introdotte dalla legge possono annoverarsi il riconoscimento delle competenze urbanistiche in capo ai comuni; l'introduzione dei piani urbanistici (*Plan Nacional de Urbanismo, Planes Provinciales, Planes Generales municipales*); il principio di equa distribuzione tra i proprietari degli oneri e dei benefici derivanti dal plusvalore immobiliare; la modificazione dello statuto giuridico del diritto di proprietà, e la soggezione dello *ius aedificandi* alle previsioni di piano.

⁷⁶⁰ La scelta di legare il contenuto e le potenzialità del diritto di proprietà alle disposizioni urbanistiche trae la propria origine – secondo J.M. Baño León – proprio dall'influenza esercitata sul legislatore spagnolo dall'opzione compiuta in Italia, che vede lo *ius aedificandi* scorporato dal diritto dominicale. Cfr. J.M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009, p. 49.

⁷⁶¹ A. HUERGO LORA, *Los convenios Urbanísticos*, op. cit., p. 46 e ss.

Nonostante la piana previsione normativa, la cui finalità era proprio quella di evitare un'eccessiva rigidità della nuova legislazione urbanistica⁷⁶², nella prassi di questo periodo, il ricorso all'accordo subisce comunque un arresto, per effetto di ulteriori ostacoli: il mutato contesto politico-istituzionale e la conseguente scarsa autonomia dei comuni⁷⁶³.

Tuttavia, l'incapacità delle amministrazioni di attuare efficacemente le nuove competenze pianificatorie, secondo le modalità auspiccate dalla *LS de 1956*, condusse ad una serie di interventi legislativi tra gli anni Sessanta e Settanta⁷⁶⁴, che snaturarono l'impianto della legge, e nei quali la dottrina vide il *fracaso* dell'*urbanismo reglamentario* e l'ingresso, sulla base del trainante modello francese, dell'*urbanismo operativo*⁷⁶⁵.

In particolare con la *Ley 22/1972 de 10 de mayo*, con cui si approva il *III Plan de Desarrollo Económico y Social* per gli anni 1972-1975, e poi a seguito della riforma della *Ley del Suelo* del 1975, il privato viene reintrodotta nella gestione del territorio spagnolo «*para complementar o sustituir...una gestión pública que se confiesa impotente para hacer frente por sí sola a las necesidades previstas*»⁷⁶⁶.

L'art. 22. c) della *Ley 22/1972* inaugura il fenomeno del c.d. *urbanismo concertado*. Al fine di favorire l'urbanizzazione di nuovi terreni, nonché la costruzione di alloggi, e di strutture atte a recepire attività di tipo produttivo, educativo e di assistenza sanitaria e sociale, la norma prevede la possibilità per il *Ministerio de la Vivienda*, d'intesa con le *Corporaciones Locales* interessate, di bandire veri e propri concorsi pubblici per la selezione di imprese private.

La disciplina urbanistica delle nuove operazioni, contenuta in un apposito *Plan Parcial*, che produceva effetti modificativi sui *Planes Generales* dei singoli comuni interessati, era preventivamente approvata dal Governo.

Le richieste dell'amministrazione venivano poste a base di gara. Una volta espletato il concorso, l'aggiudicatario si obbligava ad eseguire le infrastrutture necessarie e ad urbanizzare le aree secondo quanto richiesto, ovvero secondo la maggiore offerta

⁷⁶² Nella vigenza della nuova *Ley del Suelo* i *convenios urbanísticos* si limitano a «*complementar las determinaciones legales en la materia, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas, contribuyendo a facilitar la gestión, eliminando ab inistio los puntos de fricción y los obstáculos que una determinada actuación urbanística puede originar*», però, «*sin que sea dable...sustituir en cada caso el sistema elegido; de esta forma el convenio viene a ser un instrumento facilitador de la actuación urbanística que en modo alguno puede implicar la derogación ni un beneficio de la Administración ni a favor de los particulares, de las reglamentaciones de carácter imperativo, ni puede condicionar el ejercicio de las potestades urbanísticas, por ser el urbanismo una auténtica función pública e irrenunciable*». Cfr. TS de 15 de febrero de 1994.

⁷⁶³ A. HUERGO LORA, *Los convenios Urbanísticos*, op. cit., p. 66; A. CANO MURCIA, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, op. cit., p. 33.

⁷⁶⁴ Si tratta della *Ley de Valoraciones de 21 de julio de 1962*, del *Decreto Ley de Actuaciones Urbanísticas Urgentes de 27 de junio 1970* e della *Ley 22 de 10 de mayo 1972*. Cfr. M.P. OCHOA GOMEZ, *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*, op. cit., p. 77.

⁷⁶⁵ J.M. ARREDONDO GUTIERREZ, *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, op. cit., p. 7.

⁷⁶⁶ T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El urbanismo concertado y la reforma de la Ley del suelo*, op. cit., p. 69 e 93.

formulata e, in cambio, l'amministrazione riconosceva i necessari diritti edificatori. Il vantaggio economico dell'aggiudicatario derivava dal ricavo ottenuto dalla vendita degli immobili, una volta costruiti.

Può notarsi una forte analogia e vicinanza, non solo temporale, tra l'*urbanismo concertado* spagnolo e le *Zones d'aménagement concerté* d'origine francese⁷⁶⁷. L'unica differenza, essenziale e certamente non di poco conto, è nell'oggetto e nella stessa causa del negozio concluso tra le amministrazioni e gli aggiudicatari spagnoli, consistenti in un vero e proprio scambio tra prestazioni di fare e riconoscimento di diritti edificatori, che nell'ordinamento francese resta, come visto, categoricamente escluso.

La riforma della *Ley del Suelo* del 1975 recepì e generalizzò questo schema per tutto il *suelo urbanizable no programado*⁷⁶⁸.

Fu con i *Programas de Actuación Urbanística (PAU)* che la nuova legge estese la partecipazione del privato, secondo il meccanismo dell'*urbanismo concertado*, alla stessa fase di elaborazione delle scelte di pianificazione⁷⁶⁹.

Attraverso i concorsi per la formulazione e l'attuazione dei *Programas de actuación urbanística*, l'amministrazione ricorreva all'iniziativa privata per concertare con i singoli tanto l'attività di urbanizzazione che le stesse linee fondamentali della pianificazione. Il PAU, il cui contenuto diventava l'oggetto stesso delle offerte di gara, andava quindi a completare e integrare le previsioni urbanistiche per il *suelo urbanizable no programado*, già contenute nei singoli *Planes Generales* municipali.

L'*urbanismo concertado* fu accolto con favore dalla dottrina. Tuttavia essa rimaneva scettica dinanzi all'estensione del coinvolgimento del privato alla stessa fase di formulazione del piano, che avrebbe comportato, secondo alcuni, una vera e propria privatizzazione del nucleo irrinunciabile della *función pública urbanística*⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ In quei medesimi anni la Spagna subiva l'influenza anche del nuovo modello italiano delineato dalla c.d. Legge Ponte e, in particolare, dalle nuove convenzioni edilizie. Cfr. P. MARTIN HERNÁNDEZ, *Los convenios Urbanísticos*, in *Revista de Derecho Urbanístico*, 144, 1995, p. 59 e ss.

⁷⁶⁸ Si tratterebbe, in altri termini, di zone escluse dal disegno urbano, ma previste come edificabili dal *Plan General* in vista di una futura espansione territoriale: «*suelo destinado a un desarrollo urbanístico eventual o diferido con el fin de afrontar necesidades sobvenida de expansión de los municipios y sujeto en el ínterim a las restricciones de uso propias del suelo rústico*», vd. *Exposición de Motivos de La Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley de Régimen de Suelo y Ordenación urbana*.

⁷⁶⁹ Cfr. M. B. BLANQUER PRATS, *Aspecto contractual de los P.A.U.*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 144, 1995, p.11e ss..

⁷⁷⁰ García de Enterría, in particolare, avvertiva dei pericoli che da una simile pratica potevano scaturire: «*se trata de una fórmula muy elogiada como tal, pero de la que debe tenerse conciencia que junto a sus ventajas entraña también un evidente peligro: la posible sustitución de una verdadera iniciativa social (el hecho de la ciudad es un hecho colectivo, la ciudad es de todos) por una simple iniciativa de grandes empresas o de grandes propietarios, lo cual es algo en esencia distinto, e incluso más, potencialmente contradictorio*». Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico*, in R.E.D.A., 1, 1974, p. 94. Del medesimo avviso anche F. ROMERO HERNÁNDEZ, *Compromisos y garantías en el planeamiento de iniciativa particular*, in *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 104, 1987, p. 35 e ss..

1.2. La generalizzazione dei *convenios urbanísticos* a margine della *Ley del Suelo* e la prima reazione della giurisprudenza.

Durante gli anni '80 del secolo scorso i *convenios urbanísticos* conoscono un diffusione sensazionale⁷⁷¹. Soprattutto a partire dalla prassi della *Gerencia de Urbanismo de Madrid*,⁷⁷² e sulla scia delle nuove aperture del legislatore statale, i comuni della penisola iberica iniziano a ricorrere ad una vasta tipologia di convenzioni, diverse non solo per contenuto, ma anche per la funzione che erano chiamate a svolgere.

La grande varietà di figure che potevano ora raggrupparsi sotto il nome di *convenios urbanísticos* non solo non costituivano un'unica fattispecie giuridica, ma neppure erano riconducibili entro uno schema unitario.

Anzitutto, ad essi si ricorreva in sede attuativa ed esecutiva del piano urbanistico, per risolvere problemi concreti, come la necessità di ottenere rapidamente nuovi spazi per la realizzazione di *equipamientos* o per la riqualificazione dei *barrios antiguos*, ampliando e diversificando così l'oggetto dei *convenios* già previsti dalla legislazione vigente (c.d. *convenios de ejecución*).

Ma l'aspetto nuovo e più problematico del fenomeno si coglie nel loro impiego anche nel momento stesso della predisposizione delle linee direttrici e programmatiche della pianificazione comunale generale. Attraverso il coinvolgimento diretto dei privati nella fase di elaborazione delle norme urbanistiche, infatti, i nuovi *convenios* avevano ad oggetto anche l'impegno della stessa modificazione dei piani urbanistici da parte delle amministrazioni, secondo quanto concordato preventivamente con il singolo (c.d. *convenios de planeamiento*)⁷⁷³.

Dalle forme dei *convenios expropiatorios*, delle *concepciones de obra urbanizadora* e dell'*urbanismo concertado* si passa adesso ad una pluralità di fattispecie convenzionali atipiche, ad una «*forma de urbanismo concertado praeter legem*»⁷⁷⁴.

Fattore non indifferente che contribuì allo sviluppo nella prassi di queste nuove formule negoziali furono certamente anche le prime elezioni municipali del 1979. I vertici comunali, investiti di nuove responsabilità politiche, videro nei *convenios* una nuova possibilità di legittimazione democratica.

Ad esse si accompagnarono del resto le permanenti difficoltà economiche dei comuni spagnoli e la rilevata incapacità del *Plan General* di conservare la propria funzione di direzione e disciplina del territorio, a fronte di uno sviluppo urbano ormai costante e dinamico.

Perciò, se, da un lato, essi venivano accolti come l'espressione di una forma alta del principio di partecipazione dei cittadini all'azione amministrativa⁷⁷⁵, sancito ora nell'art.

⁷⁷¹ A. HUERGO LORA, *Los convenios Urbanísticos*, op. cit., p. 56 e ss..

⁷⁷² Sull'esperienza di Madrid, cfr. P. MARTIN HERNÁNDEZ, *Los convenios Urbanísticos*, op. cit., p. 65 e ss..

⁷⁷³ J. A. LOPEZ PELLICER, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, op. cit., 1996, p. 97 e ss..

⁷⁷⁴ A. HUERGO LORA, *Los convenios urbanísticos*, op. cit., p. 59.

9.2 della nuova Costituzione spagnola del 1978, dall'altro non mancò chi ne colse gli aspetti eminentemente negativi.

L'oggetto "tacito" di queste nuove forme di accordo era l'esercizio delle potestà amministrative: il Comune si impegnava a rilasciare le più disparate autorizzazioni urbanistiche o a modificare le previsioni di piano in maniera più congeniale per il privato, e in cambio quest'ultimo assumeva l'esecuzione di prestazioni, anche diverse e maggiori rispetto a quelle normalmente previste dalla legge⁷⁷⁶.

La base comune del fenomeno sarebbe stata quindi costituita dalla rinuncia dell'amministrazione ad esercitare i propri poteri unilateralmente e, dunque, dall'inaccettabile abbandono da parte della stessa delle competenze di disciplina del territorio conferite dal legislatore⁷⁷⁷.

D'altro canto, si sosteneva, l'amministrazione non avrebbe potuto convenire su una decisione futura, in quanto ciò presuppone che per via di accordo si possa condizionare una potestà che può essere esercitata solo pubblicamente ed unilateralmente⁷⁷⁸. Il potere pubblico è *res extra commercium* e, come tale, non può costituire l'oggetto di alcuna forma contrattuale.

Non può non cogliersi in queste argomentazioni almeno una lontana eco della giurisprudenza e della dottrina francese, che sul divieto di *pacte sur une décision future*, sulla rinuncia e la cessione di funzioni pubbliche, che l'accordo comporta, avevano fondato le proprie argomentazioni per negargli ogni giuridica esistenza⁷⁷⁹.

Su queste stesse posizioni parve collocarsi, almeno agli inizi, anche il *Tribunal Supremo*.

Diverse le occasioni in cui il giudice spagnolo fu chiamato a pronunciarsi.

Come accadeva per la Francia, spesso questi veniva adito dal privato, a fronte di un atto dell'amministrazione del tutto difforme da quanto previsto nell'accordo, lamentando, in tal senso, un inadempimento dell'amministrazione.

Ma si verificava non di rado che fosse anche questa stessa ad agire avverso l'inadempimento della propria controparte, oppure a ricorrere all'*exceptio inadimplenti non est adimplendum*, a segno che non solo il singolo ma anche lo stesso soggetto pubblico riconoscevano la vincolatività del *convenio*.

Non sono remote nella casistica giurisprudenziale, infine, le ipotesi di azione per *desviación de poder* intraprese da soggetti terzi, che impugnavano le disposizioni di

⁷⁷⁵ S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, in RAP, 88, 1977, p. 519 e ss.; M. SANCHEZ MORON, *El principio de participación en la Constitución española*, in RAP, 89, 1979, p. 171 e ss.; F. DELGADO PIQUERAS, *Las nuevas conquistas del principio constitucional de participación: terminación convencional del procedimiento y medios consensuales de solución de conflictos administrativos*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 18, 1993, p. 219 e ss..

⁷⁷⁶ A. HUERGO LORA, *Los convenios Urbanísticos*, op. cit., p. 57.

⁷⁷⁷ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Actuación pública y actuación privada en el Derecho Urbanístico*, op. cit., p. 94.

⁷⁷⁸ T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *El urbanismo concertado*, p. 50 e ss..

⁷⁷⁹ Si vedano per questi aspetti, in particolare i Capp. II e III, Parte II, del presente lavoro.

piano, lamentandone una natura esclusivamente servente all'accordo e lontana dalla cura degli interessi pubblici e della collettività nel suo complesso⁷⁸⁰.

La giurisprudenza si attestò inizialmente su posizioni fortemente contrarie a queste forme di negoziazione, argomentando sul principio di *indisponibilidad de las potestades administrativas y de la de planeamiento*.

Il *leading case* è la *sentencia de 30 de abril de 1979*, in cui l'amministrazione richiedeva l'adempimento da parte del privato delle prestazioni pattuite, a fronte del rilascio di un permesso di costruire. Il giudice affermò: «*el objeto por lo que se refiere a aquello a que quedó obligado el Ayuntamiento, está fuera del tráfico jurídico pues son las mismas potestades administrativa de ejercicio rigurosamente reglado, las que la Corporación compromete y enajena al margen de toda legalidad, de modo que por aplicación de artículo 1.271 Cciv. no puede estimarse válidamente constituido el pretendido negocio contractual por falta de objeto idóneo, y devienen nulas sin posibilidad de ejercicio legale, las obligaciones asumida por la Corporación*».

Ma la maggior parte delle sentenze si rinvencono soprattutto tra la fine degli anni Ottanta e i primissimi anni Novanta, sviluppandosi un corposo contenzioso a seguito della proliferazione dei *convenios* nel decennio precedente.

Un orientamento giurisprudenziale costante, riconducibile al *Magistrado ponente Delgado Barrio*, affermava chiaramente «*no resulta admisible una disposición de la potestad de planeamiento por vía contractual: cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a los que el Ayuntamiento haya llegado con los administrados, aquella potestad ha de actuarse para lograr la mejor ordenación posible, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ya en otro terreno pueda desencadenar el apartamiento de convenios anteriores*»⁷⁸¹.

La giustificazione posta alla base dell'indisponibilità dei poteri di pianificazione si legava del resto anche alla considerazione per cui «*las exigencias de interés público que justifican la potestad de planeamiento – y por tanto lo ius variandi – implica que su actuación no puede encontrar límite en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados*»⁷⁸².

E del resto, la giurisprudenza non precisava l'ambito del principio di indisponibilità, distinguendo tra momenti dell'attuazione e momenti della predisposizione dei piani urbanistici, e quindi tra *convenios de ejecución* e *convenios de planeamiento*.

Ciò che emerge sia per gli uni che per gli altri è che l'accordo non vincola né può vincolare in alcun modo l'amministrazione: «*el convenio...en modo alguno puede*

⁷⁸⁰ Per una ricostruzione della casistica giurisprudenziale si veda A. HUERGO LORA, *Los convenios urbanísticos*, op.cit., p. 95 e ss. e R. O. BUSTILLO BOLADO, J.R. CUERNO LLATA, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, op. cit., p. 121 e ss..

⁷⁸¹ TS 30 de abril 1990. La massima diviene costante nella giurisprudenza successiva, ripetendosi in diverse altre pronunce: TS 13 de julio 1990; 13 de marzo 1991; 25 de marzo de 1991; 13 de febrero de 1992; TS 15 de abril de 1992; 27 de octubre 1992.

⁷⁸² TS 30 de abril 1990; 13 de julio 1990; 18 de octubre 1990; 13 de marzo 1991; 31 de septiembre 1991; 20 de diciembre de 1991; 13 de febrero de 1992; 15 de abril de 19; 19 de julio de 1994; 5 de diciembre de 1994.

implicar derogación ni en beneficio para la Administración ni en favor de los particulares, de las reglamentaciones de carácter imperativo, ni puede condicionar el ejercicio de las potestades urbanísticas, por ser el urbanismo una auténtica función pública indisponible e irrenunciable»⁷⁸³.

La conseguenza che il Tribunale Supremo ricavava da queste statuizioni di principio era l'inefficacia del *convenio* sottoposto alla sua attenzione. Risulta invece rara una espressa declaratoria di nullità. Quale che fosse il contenuto dell'accordo, quale che fosse il tipo di prestazione in esso dedotta, il giudice spagnolo tendeva a non considerarlo da un punto di vista di stretta legalità ma a dichiararlo semplicemente inefficace.

1.3. Il mutato atteggiamento del Tribunale Supremo e nel Texto Refundido de la Ley del Suelo del 2008.

La *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común de 26 de noviembre de 1992* tentò di normalizzare il fenomeno, disciplinando con disposizione di carattere generale la *terminación convencional del procedimiento*.

L'art. 88 diede perciò una prima copertura normativa al dilagante fenomeno anche dei *convenios urbanísticos*, nonché alla prime leggi urbanistiche delle *Comunidades Autónomas*, di poco precedenti, che iniziavano a disciplinarli⁷⁸⁴.

Del resto, già l'art. 111 del *Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril* disponeva: «*Las Entidades locales podrán concertar los contratos, pactos o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberán cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, a favor de dichas Entidades*».

Si tratta di un'abilitazione generale al contratto nell'esercizio delle potestà amministrative, che verrà ripresa anche dalla successiva *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* del 1995, nel suo art. 4⁷⁸⁵, segnando un cambiamento

⁷⁸³ TS 15 de febrero 1994, e negli stessi termini già TS 8 de julio 1989.

⁷⁸⁴ La prima regolazione si rinviene nella *Ley sobre Suelo No Urbanizable* della Comunità Valenciana 4/1992 de 5 de junio, confermata dalla successiva *Ley 6/1994 de 15 de noviembre*. Seguirono la *Ley de Navarra 10/1994 de 4 de julio de Ordenación del Territorio y Urbanismo* e la *Ley de la Comunidad de Madrid 9/1995 de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo*. Tutte queste leggi introducono una generale abilitazione delle proprie amministrazioni alla conclusione di *convenios de planeamiento e de ejecución*. Per un'analisi di queste leggi come della restante legislazione autonómica, si veda il successivo Cap. III.

⁷⁸⁵ «*La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquella*». Sul riconoscimento della *libertad de pactos* sancita nella norma quale base legale anche dei *convenios urbanísticos*, si veda TSJ de País Vasco 30 de octubre 2003.

radicale nel contesto giuridico di riferimento, che non poteva non essere recepito anche dalla giurisprudenza.

I termini categorici con cui il *Tribunal Supremo* aveva escluso l'ammissibilità dei *convenios urbanísticos*, vengono ora stemperati nelle successive sentenze⁷⁸⁶. E la dichiarata indisponibilità del potere pubblico, in generale, e di pianificazione, in particolare, non impedì al giudice spagnolo di riconoscere, espressamente o tacitamente, la possibilità giuridica degli accordi sottoposti alla sua attenzione⁷⁸⁷.

In alcuni casi, pur ritenendo inammissibile il *convenio*, il *Tribunal Supremo*, al fine di tutelare il privato, obbligava l'amministrazione a ripetere quanto indebitamente percepito, ovvero a corrispondere un indennizzo a suo favore: l'amministrazione non poteva infatti giovarsi di una causa di nullità che aveva contribuito a determinare⁷⁸⁸.

In altri casi, invece, arrivava ad accettare e riconoscere esplicitamente non solo i *convenios de ejecución*⁷⁸⁹, ma anche gli stessi *convenios de planeamiento*.

Con particolare riferimento a questi ultimi, il mutato atteggiamento del *Tribunal Supremo* derivava dalla considerazione secondo cui «*aunque el convenio o acto convencional en cuestión se dirige a preparar y poner en marcha una alteración del planeamiento, constituye una realidad o acto sustantivo independiente del procedimiento de modificación o revisión del Plan*»⁷⁹⁰.

⁷⁸⁶ Del resto, anche lo stesso art. 303 del *Texto Refundido 1/1992, de 26 de julio, Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana* devolveva ormai espressamente alla *Jurisdicción del contencioso-administrativo* tutte le controversie in materia di *convenios*. Per una ricognizione di tutte le disposizioni legislative precedenti al *TR de la Ley de Suelo 2008* che si riferiscono ai *convenios urbanísticos*, cfr. F. GARCÍA RUBIO, *Los convenios urbanísticos*, in *Practica Urbanística*, 33, 2004, p. 27 e ss.; ID., *Problemas actuales del Derecho urbanístico*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2007, p. 170 e ss.

⁷⁸⁷ Per una ricognizione giurisprudenziale, cfr. F. E. FONSECA FERRANDIS, *Los Convenios Urbanísticos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 159, Enero 1998; J.A. SEGOVIA ARROYO, *Instrumentos de planeamiento general: algunos aspectos problemáticos (estudio de reciente jurisprudencia de...)*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 184, Marzo 2001; J. A. CHINCHILLA PEINADO, *Los convenios urbanísticos en el estrado. ¿La inexistencia de una construcción sistemática por parte de los tribunales? Análisis de la jurisprudencia del tribunal Supremo y de las decisiones de los tribunales superiores de justicia (1999-2005)*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 227, Julio 2006; F. IGLESIAS GONZÁLEZ, *Estudio de reciente jurisprudencia sobre gestión urbanística*, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 229, Octubre 2006.

⁷⁸⁸ TS 24 de febrero de 1988; 5 de abril de 1991; 8 de junio de 1992. L'impossibilità di pretendere l'esecuzione dell'accordo non impediva, infatti, al giudice di riconoscere un indennizzo al privato per il pregiudizio eventualmente subito. Per ciò che concerne la determinazione del *quantum debeatur*, era pacificamente riconosciuto il diritto di questi a ricevere quanto eventualmente prestato, insieme ai frutti e agli interessi, ex art. 1.303 Cciv., anche attraverso l'esercizio dell'azione di arricchimento senza causa. Non trattandosi di vero e proprio inadempimento, era invece generalmente escluso il ristorno degli interessi negativi, per il maggior danno derivante, per esempio, dalla mancata riclassificazione del suolo. Cfr. J. M. BAÑO LÉON, *Derecho Urbanístico Común, op.cit.*, p. 146.

⁷⁸⁹ TS 25 de abril 1984; 18 de abril de 1989; 5 de abril de 1991 e 24 de marzo 1992, con cui si ritenne valido un «*acuerdo entre el recurrente y la Corporación municipal (Ayuntamiento de Santander) en virtud del cual a cambio de una licencia de obras se consentia en ceder 640 m² al Ayuntamiento, previstos en un Plan Parcial para la construcción de un vial*».

⁷⁹⁰ TS 15 de marzo 1997.

Il giudice, in altri termini, compie lo sforzo di temperare quello che costituisce ormai un ineliminabile dato di fatto, la diffusione dei *convenios urbanísticos*, con il principio, pure affermato, di indisponibilità delle potestà di piano «*irrenunciabiles y que se ejercen por los órganos que las tienen atribuidas como propias*».

La conciliazione tra i due opposti viene data, da un lato, dal riconoscere valenza esclusivamente preparatoria al *convenio de planeamiento* e, dall'altro, dalla salvezza dello *ius variandi* in capo all'amministrazione, ossia della «*potestad que tiene siempre el Ayuntamiento de iniciar discrecionalmente la modificación o la revisión del planeamiento*».

L'obbligazione, lecita e possibile, che l'amministrazione può assumere in un *convenio de planeamiento* è quindi quella di «*posibilitar la alteración del planeamiento por el procedimiento legalmente establecido*». L'impugnazione della variazione di piano sarà allora possibile solo «*si se ha hecho con vulneración de los requisitos exigidos*»⁷⁹¹.

Si riconosce ora che la pianificazione urbanistica, per quanto costituisca una competenza pubblica, non possa escludere, nel suo farsi, la partecipazione e la collaborazione degli amministrati. Perciò, pur restando fermo il principio di indisponibilità, risulta ammissibile ed in linea con le finalità democratiche una convenzione a carattere meramente preparatorio e non vincolante⁷⁹², che, del resto, ponendosi in modo del tutto indipendente e slegato dallo procedimento di modificazione del piano, da un punto di vista processuale, può anche essere impugnata separatamente⁷⁹³.

In definitiva, perciò, «*la finalidad del convenio de planeamiento es la de lograr una modificación futura de la ordenación existente. Así entendido, no puede considerarse que su objeto sea ilícito*». A sua volta, «*la potestad – o potestas variandi – correspondiente a la Administración urbanística exige el mantenimiento de sus facultades de iniciar discrecionalmente la modificación del planeamiento en el sentido apuntado en el convenio o de no hacerlo según las decisiones que corresponde tomar a los responsables políticos en consideración a las exigencias del interés público y con subordinación a los requisitos sustantivos y de procedimiento exigidos para dicha modificación*»⁷⁹⁴.

«*Existen – ormai – aspectos concretos susceptibles de compromiso o acuerdo entre la Administración y los particulares, lo que da lugar a la figura de los convenios urbanísticos, como instrumentos de acción concertada que en la práctica pueden asegurar una actuación eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general*»⁷⁹⁵.

⁷⁹¹ TS 30 de octubre 1997.

⁷⁹² TS 23 de junio 1994; 13 febrero 1992; 18 marzo 1992; 21 septiembre 1991.

⁷⁹³ TS 24 de junio 2000.

⁷⁹⁴ TS 29 de febrero 2000; si veda altresì TS 9 de marzo 200; 3 de abril 2001; 1 de febrero 2001; 11 de junio 2003; 19 de febrero 2008.

⁷⁹⁵ TS 29 de febrero 2000; 3 de abril de 2001; TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) 30 de septiembre de 2004; 5 de mayo de 2004; (Sala de Granada) 18 de febrero de 2002; 19 de marzo de 2001; 19 de febrero

L'ultimo passo nella direzione di un pieno riconoscimento dei *convenios urbanísticos* nell'ordinamento spagnolo fu compiuto dalla *Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo*, che, sforzandosi di riconoscere il nuovo crescente protagonismo dell'istituto, ha accolto le conclusioni cui è pervenuta questa giurisprudenza⁷⁹⁶.

Benché, infatti, l'art. 3 del *Texto Refundido de la Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio*, disponga ora che «*la ordenación territorial y la urbanística son funciones no susceptibles de transación que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general*», la norma viene costantemente interpretata non nel senso di un divieto generale di transazione per le amministrazioni competenti, ma in quello di una possibilità di concludere comunque *convenios urbanísticos de planeamiento*, purché essi non siano vincolanti rispetto alle successive determinazioni urbanistiche⁷⁹⁷.

Un'esegesi della disposizione di questo tipo, del resto, si concilierebbe anche con i successivi artt. 11.1 e 16.3 de TRLS⁷⁹⁸, che sembrerebbero ammettere ancora più apertamente il ricorso a questo tipo di convenzioni⁷⁹⁹.

L'art. 11 infatti subordina agli obblighi di pubblicità derivanti dalla *información pública* «*todos los instrumentos de ordenación y ejecución urbanística, incluidos... los convenios que... vayan a ser suscritos por la Administración competente*»; mentre l'art. 16.3 introduce addirittura una regola di equilibrio e proporzionalità delle prestazioni deducibili nella convenzione, sanzionata a pena di nullità⁸⁰⁰.

de 2001; 3 de enero de 2001; (Sala de Málaga) de 26 de diciembre de 2000; TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 25 de septiembre de 2001; 5 de septiembre de 2001; 26 de enero de 2001; 3 de octubre de 2000; TSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2004; TSJ de Galicia de 23 de octubre de 2003; 29 de mayo de 2003; 15 de noviembre de 2001; 15 de febrero de 2001; TSJ de La Rioja de 16 de mayo de 2002; TSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2004; 26 de diciembre de 2003; 20 de marzo de 2002; TSJ de Murcia de 15 de noviembre de 2000; 1 de marzo de 2000; TSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2003; 17 de enero de 2003; 17 de septiembre de 2002; 7 de junio de 2001.

⁷⁹⁶ Sulla nuova *Ley de Suelo*, cfr. E. ARGULLOL I MURGADES, *La Ley 8/2007, una nueva ley urbanística*, in *Anuario del Gobierno Local*, 2007, p. 33 e ss.

⁷⁹⁷ L. PAREJO, G. ROGER FERNÁNDEZ, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio)*, Iustel, Madrid, 2009, p. 130.

⁷⁹⁸ A queste norme va aggiunta anche quella contenuta nell'art. 47, che riconosce la natura amministrativa de *los actos y convenios regulados en la legislación urbanística*, ai fini della devoluzione delle relative controversie alla cognizione dei giudici del *contencioso-administrativo*: «*Tendrán carácter jurídico administrativo todas las cuestiones que se suscitaren con ocasión o como consecuencia de los actos y convenios regulados en la legislación urbanística aplicable entre los órganos competentes de las Administraciones Públicas y los propietarios, individuales o asociados, o promotores de actuaciones de transformación urbanística, incluso las relativas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar*».

⁷⁹⁹ Cfr. J.M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, op.cit., p. 149-151, che dal combinato disposto dato dagli art. 3.1. TRLS e 88.1 LRJPAC farebbe derivare l'impossibilità dei *convenios de planeamiento* in quanto «*versen sobre materia no susceptible de transacción*», con conseguente nullità per impossibilità dell'oggetto ai sensi dell'art 1.271 del *Código Civil*. Il divieto – nota l'Autore – risulterebbe però stemperato proprio dalle successive previsioni ex art. 11.1 e 16.3 del TRLS 2008, per cui una lettura organica delle tre norme potrebbe condurre a riconoscere proprio la possibilità di una forma convenzionale non vincolante per le potestà pianificatorie dell'amministrazione.

⁸⁰⁰ «*Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas*

La pratica dei *convenios urbanísticos*, sorta *praeter legem* a partire dalla prassi delle amministrazioni spagnole, ammessa dopo un lungo percorso dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, riconosciuta quindi dalla gran parte delle legislazioni urbanistiche delle Comunità Autonome, emerge dopo il 2008 anche a livello statale.

2. I *convenios urbanísticos* nella legislazione delle *Comunidades Autónomas*.

Ma è nella legislazione urbanistica delle Comunità Autonome che i *convenios urbanísticos* sia *de ejecución* che *de planeamiento* conoscono una diffusione senza precedenti e quindi la propria indiscussa base legale.

Al legislatore autonomico deve perciò riconoscersi il merito di aver assicurato maggiore trasparenza nelle negoziazioni, che da sempre caratterizzano la disciplina del territorio in Spagna⁸⁰¹.

Soprattutto in conseguenza degli effetti dirompenti che la sentenza del *Tribunal Constitucional* de 20 de marzo 61/1997 ha prodotto nel riparto di competenze tra Stato e Comunità autonome in *materia de ordenación del territorio y urbanismo*⁸⁰², queste ultime a partire dagli anni Novanta intrapresero, differenziandosi, propri e distinti percorsi normativi.

Precedute dalle *Comunidades de Valencia, Navarra e Madrid*, e una volta interiorizzato il nuovo riparto di competenze, tutte le altre Comunità emanarono proprie leggi urbanistiche contenenti una precisa disciplina anche dei *convenios urbanísticos*.

Prima di addentrarci nello studio delle singole leggi urbanistiche, si rende necessario tratteggiare gli aspetti salienti e comuni della figura: il concetto, le differenti categorie, l'oggetto, la natura e il regime giuridico, la responsabilità patrimoniale dell'amministrazione e i profili processuali, con particolare riferimento all'istituto

reglas será nula de pleno Derecho». Legge nell'art. 16.3 un riconoscimento pieno dei *convenios urbanísticos de planeamiento* da parte del legislatore statale T.R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, El consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Madrid, 2011, p. 185.

⁸⁰¹ T.R. FERNÁNDEZ, *Manual de derecho urbanístico, op. cit.*, p. 184

⁸⁰² La sentenza del *Tribunal Constitucional* 61/1997 negò che lo Stato disponesse di competenze legislative in materia, riconoscendole, per tale via, in capo alle Comunità autonome. Gli effetti prodotti dalla pronuncia risultano comunque temperati dalla previsione costituzionale di un consistente numero di ulteriori competenze legislative statali, che limitano e circoscrivono la potestà delle Comunità autonome, e tra le quali vanno annoverate quelle in materia di: *condiciones básica «que garanticen la igualdad de todo los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»* (art. 149.1.1^a); *legislación civil* (art. 149.1.8^a); *coordinación de la planificación general de la actividad económica* (art. 149.1.13^a); *régimen jurídico de las Administraciones públicas, procedimiento administrativo común, expropiación forzosa e legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas* (art. 149.1.18^a); e, infine, di *medio ambiente* (art. 149.1.23^a) e *obras públicas de interés general* (art. 149.1.24^a). Cfr. su questi aspetti, J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, 1° ed., Iustel, Madrid, 2009, p. 55 e ss.; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El desconcertante presente y imprevisible y preocupante futuro del Derecho urbanístico español*, in REDA, 94,1997, p.189 e ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI*, in REDA, 99,1998, p. 395 e ss.; S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, 1 ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 409 e ss..

dell'*acción pública*. Altri aspetti, come la validità e l'efficacia, il procedimento, il regime di pubblicità, verranno trattati nel prossimo capitolo, nell'analisi delle singole soluzioni offerte dal legislatore autonomico.

2.1. *Il concetto di convenios urbanísticos.*

L'espressione *convenio urbanístico* non rinvia, come si è visto, ad una figura unitaria.

Sotto il comune denominatore di accordo di volontà, tra due o più soggetti, uno dei quali necessariamente pubblico e dotato di competenze urbanistiche, ed instaurante una relazione giuridica bilaterale a obbligazioni reciproche⁸⁰³, i *convenios urbanísticos* possono definirsi come «*el instrumento de acción concertada que permite a la Administración ejercitar de forma consensuada sus potestades urbanísticas, como alternativa al ejercicio unilateral de las mismas, y que supone el acuerdo de ésta con otras personas físicas o jurídicas, al objeto de conseguir la colaboración de esas otras personas y así facilitar la eficacia de la actuación urbanísticas*»⁸⁰⁴.

A sua volta la recente giurisprudenza, unanime, tende a qualificarli come «*instrumentos de acción concertada que en la práctica pueden asegurar una actuación urbanística eficaz, la consecución de los objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general*»⁸⁰⁵.

Come ha efficacemente osservato L. Parejo Alfonso si tratterebbe comunque di una forma di partecipazione ad attività amministrative *uti singulus*, in vista della soddisfazione di un interesse privato ed egoistico, concorrente con l'interesse pubblico, da tenere chiaramente distinta dalla partecipazione *uti cives*, in cui il singolo agisce in quanto cittadino⁸⁰⁶. E della contrapposizione tra interesse privato ed interesse pubblico nello schema consensuale urbanistico è ben consapevole anche la giurisprudenza spagnola, che, non a caso, richiama le amministrazioni alla necessaria tutela dei

⁸⁰³ R.O. BUSTILLO BOLADO, J.R. CUERNO LLATA, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y Particulares*, op.cit., p. 26. In giurisprudenza, TS de 27 de diciembre de 2002, che qualifica il *convenio* come «*un negocio con recíprocas prestaciones*». Confermano il carattere bilaterale delle obbligazioni sorgenti dalla convenzione anche TSJ de Extremadura de 24 de julio de 2002 e 16 de mayo de 2002.

⁸⁰⁴ A. CANO MURCIA, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, op. cit., p.41

⁸⁰⁵ TS de 3 de abril de 2001; TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 26 de diciembre de 2000; 30 de septiembre de 2004; 5 de mayo de 2004; (Sala de Granada) de 18 de febrero de 2002; 19 de marzo de 2001; 19 de febrero de 2001; 3 de enero de 2001; TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 25 de septiembre de 2001; 5 de septiembre de 2001; 26 de enero de 2001; 3 de octubre de 2000; TSJ de Cataluña de 5 de octubre de 2004; TSJ de Galicia de 23 de octubre de 2003; 29 de mayo de 2003; 15 de noviembre de 2001; 15 de febrero de 2001; TSJ de La Rioja de 16 de mayo de 2002 TSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2004; 26 de diciembre de 2003; 20 de marzo de 2002; TSJ de Murcia de 15 de noviembre de 2000; 1 de marzo de 2000; TSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2003; 17 de enero de 2003; 17 de septiembre de; 7 de junio de 2001.

⁸⁰⁶ L. PAREJO ALFONSO, (dir.), *Derecho urbanístico de Castilla-La-Mancha*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 141.

preminenti interessi generali⁸⁰⁷, obbligo che si tramuta anche in una precisa giustificazione del ricorso alla tecnica consensuale⁸⁰⁸.

2.2. *Clasi e oggetto dei convenios urbanísticos.*

Con riferimento alla classificazione delle diverse tipologie di *convenio*, la distinzione tra *convenios de ejecución* e *convenios de planeamiento* è ormai pacificamente accettata⁸⁰⁹.

Essa rispecchia la tendenza della giurisprudenza a definire le tipologie convenzionali a seconda dell'oggetto e della funzione svolta⁸¹⁰.

A questa qualificazione giuridica si è uniformato anche il legislatore autonomico, con l'unica eccezione della *Ley de Suelo y Urbanismo del País Vasco*, che definisce i *convenios de planeamiento* come *convenios de ordenación urbanística*. Non mancano del resto ipotesi di convenzioni miste, a un tempo de *planeamiento* e de *gestión*, come in Andalucía e Navarra.

Quanto all'oggetto, con affermazione di carattere generale, si ritiene che esso consiste nel «*facilitar la actuación urbanística, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas, contribuyendo a facilitar la gestión, eliminando ab initio los puntos de*

⁸⁰⁷ Afferma l'esigenza della necessaria soddisfazione dell'interesse pubblico, in quanto causa stessa dei *convenios de gestión* la sentenza del TSJ de Aragón de 6 de febrero 2003.

⁸⁰⁸ Come nota il TS de 13 de julio de 2004 «...*la recalificación comprometida en el convenio, destinando a uso comercial...exige de la Administración una clara justificación, y no desde cualquier perspectiva, sino desde la que tiene que ver con el interés público de la ordenación urbanística del municipio...esa falta de justificación arrastra también la fundada sospecha de que la mejor o la más adecuada ordenación urbanística del municipio no es una de las razones que ha presidido o regido el compromiso adquirido por la Administración al aprobar el convenio, sino que, al contrario, es la "utilidad" de éste desde otras perspectivas la que ha llevado a comprometer la determinaciones urbanísticas pactadas. Si es así, el convenio habría condicionado realmente, de modo inadmisibile, el ejercicio de la potestad de planeamiento...*». In questi termini anche TS de 11 de octubre de 2003; TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 28 de octubre de 2003.

⁸⁰⁹ Appare invece ormai recessiva, alla luce delle disposizioni autonome, l'altra distinzione compiuta dalla dottrina, tra *convenios típicos*, previsti nella legislazione statale (e tra i quali vanno annoverati quelli diffusi nell'ambito dell'*urbanismo concertado*, i *convenios expropiatorios*, i *convenios de gestión indirecta de expropiaciones*, i *convenios de constitución de servidumbres* e i *convenios de aplazamiento de gastos de urbanización*) e *convenios atípicos*, che trovavano comunque la propria base legale nel principio di *autonomía de la voluntad y libertad de pactos de las partes*, sancito negli artt. 111 del *Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local*; 4 del *Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* e 88 e 109.e) de la *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Cfr. R.O. BUSTILLO BOLADO, J.R. CUERNO LLATA, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y Particulares*, *op.cit.*, p. 82-83, che distingue ulteriormente, a seconda che i *convenios* si situino all'interno, ovvero al di fuori di un procedimento amministrativo, tra *convenios finalizadores del procedimiento*; *convenios preparatorios de la resolución* e *convenios alternativos al procedimiento*; e M. ARREDONDO GUTIERREZ, *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2003, p. 81-206, il quale offre l'ulteriore categoria dei *convenios urbanísticos de naturaleza obligacional* e dei *convenios urbanísticos de transcendencia real*.

⁸¹⁰ TS de 15 de marzo de 1997; de 24 de junio de 2000; de 9 de marzo de 2001, TSJ de Andalucía 19 de febrero de 2001; TSJ de País Vasco de 4 de abril de 2002; 23 de diciembre 2002; 6 de febrero de 2003.

fricción y los obstáculos que una determinada actuación urbanística pueda originar»⁸¹¹.

Seguendo il contenuto delle diverse disposizioni legislative, può essere oggetto di un *convenio urbanístico de gestión o de ejecución* pressoché qualsiasi tipo di attuazione urbanistica.

Diversamente, per i *convenios urbanísticos de planeamiento* l'oggetto coincide prevalentemente con la possibilità di concordare la modificazione delle previsioni di un piano già in vigore, mentre solo in alcuni casi esso viene esteso anche alla determinazione negoziata della disciplina urbanistica di un piano futuro o ancora in divenire (Andalucía, Valencia, La Rioja)⁸¹².

Il giudice spagnolo ritiene validi i *convenios de ejecución* che ammettono il rilascio di una *licencia de edificación* in cambio dell'urbanizzazione delle medesime ovvero di altre e diverse aree⁸¹³. Ugualmente si riconosce la validità dei *convenios* con cui si prevede una contropartita pecuniaria a favore dell'*Ayuntamiento*⁸¹⁴.

Allo stesso modo, si ritiene conforme a diritto anche un *convenio de planeamiento* che prevede la riclassificazione di un "*suelo urbanizable*" in "*suelo urbano*"⁸¹⁵.

2.3. *Natura e regime giuridico.*

La natura giuridica dei *convenios urbanísticos* è aspetto che resta ancora discusso nella dottrina e nella giurisprudenza, ma estremamente importante e dalla cui soluzione dipende il regime giuridico applicabile in concreto al rapporto consensuale.

Le tesi alternativamente proposte oscillano tra due antipodi: ora viene offerta una qualificazione schiettamente contrattuale, in termini di *contratos administrativos*⁸¹⁶, ora

⁸¹¹ TSJ de Cataluña de 6 septiembre 2001; TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) 25 de septiembre 2001.

⁸¹² In tal senso può leggersi la sentenza del TSJ de Andalucía (Sala de Sevilla) de 10 de enero de 2003, che, sotto questo profilo, si attesta su posizioni contrarie rispetto al legislatore «...*Constituye una actitud perversa e indebida que un Ayuntamiento se obligue a través de un contrato a configurar su norma planificadora para satisfacer intereses particulares, pues en su obligación de planificador debe defender los intereses generales y no acomodar entre la norma el cumplimiento de lo que no puede ir más allá de un interés singular, que obliga a comprometer a cambio intereses generales y comunitarios. No puede dudarse de la legitimación de un convenio urbanístico, que puede incluso incidir sobre el planeamiento a posteriori, en cuanto regulación pactada entre Administración y particular en orden al mejor desarrollo de una determinada actuación urbanística, que afecta a éste. Pero su clausulado no puede limitar el contenido de un futuro Plan General, que es un acto del Poder público llamado a ordenar el territorio y concretar el sistema urbano, producto de la voluntad democrática de la ciudadanía, expresada a través de sus representantes...*».

⁸¹³ TSJ de Galicia de 30 de mayo de 2003; TSJ de Aragón de 6 de febrero de 2003.

⁸¹⁴ TSJ de Asturias de 29 de mayo de 2003; 29 de mayo de 2003; TSJ de Murcia de 5 de febrero de 2004; TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 11 de marzo de 2004.

⁸¹⁵ TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 5 de septiembre de 2001 e TSJ de Asturias de 29 de mayo de 2003, che ritiene lecita la riqualificazione urbanistica per la realizzazione di un centro commerciale, in un caso in cui l'area adiacente era già classificata come "*suelo urbano*" e il privato si impegnava alla realizzazione delle opere di urbanizzazione necessarie.

⁸¹⁶ J.M. ARREDONDO GUTIERREZ, *Los convenios urbanísticos y su regimen jurídico*, op. cit., p. 36 e ss..

si propende per una natura puramente convenzionale, riconducibile sotto il cappello dell'art. 88 de la Ley 30/1992⁸¹⁷.

Non mancano del resto soluzioni intermedie, tra chi propende per una categoria di *contratos administrativos sui generis*⁸¹⁸, chi li fa rientrare nei *convenios de colaboración* esclusi dall'ambito applicativo del *TR de la Ley de Contratos del Sector Público*⁸¹⁹, e chi, più avvedutamente, non esclude nessuna di queste opzioni, rilevando che, non trattandosi di una figura giuridica unitaria, ma di un fascio di relazioni giuridiche bilaterali, esse possono, a seconda dei casi, assumere la diversa natura di *acuerdos de intenciones, acuerdos preparatorios, contratos administrativos o contratos sobre actos y potestades administrativos*⁸²⁰.

Per propria parte, la prevalente giurisprudenza ha avallato la tesi contrattuale e il carattere amministrativo, in ragione delle finalità pubbliche comunque perseguite. Può qui citarsi la sentenza del *Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1990* che molto pianamente riconosce che un patto, formalizzato in un documento amministrativo, avente ad oggetto la cessione di alcuni terreni a favore di un *Ayuntamiento*, in cambio di una diversa qualificazione urbanistica di alcune proprietà del privato è «... *lisa y llanamente un contrato...*»⁸²¹.

Non mancano però – a partire dalla sentenza del *Tribunal Supremo de 9 de marzo 2001* – pronunce in cui si esclude la natura contrattuale, a favore di una prettamente

⁸¹⁷ J.A. LÓPEZ PELLICER, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, op. cit., p.97 e ss.; F. GARCÍA RUBIO, *Los convenios urbanísticos*, in *Practica Urbanística*, 33, 2004, p. 27 e ss.; ID., *Problemas actuales del Derecho urbanístico*, op. cit., p. 163 e ss.; A. DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, op.cit., p. 353.

⁸¹⁸ P. MARTIN HERNÁNDEZ, *Los convenios Urbanísticos*, op.cit., p. 60; M.J. ALONSO MAS, *Responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, n. 271-272, 1996, p. 853 e ss.;

⁸¹⁹ R. O BUSTILLO BOLADO, J. R. CUERNO LLATA, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, op. cit., p. 94-96, secondo cui i *convenios urbanísticos* sarebbero *convenios no contractuales* rientranti nel genere dei *convenios de colaboración* di cui all'art. 3.1. c) e d) del *Texto Refundido de Contratos de las Administraciones Pública* (oggi, art. 4 lett. c) e d) del *Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*. Contra A. HUERGO LORA, *Los convenios urbanísticos*, op. cit., p. 128-129: «*los convenios urbanísticos no son convenios de colaboración...*, pues no son convenios para el fomento de actividades particulares...sino que su función es articular la colaboración entre la Administración y un particular de forma mutuamente provechosa». Ad analoghe considerazioni giunge anche J.A. LÓPEZ PELLICER, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, op. cit., p. 101 e 105 e M. P. OCHOA GÓMEZ, *Los convenios urbanísticos*, op. cit., p. 150.

⁸²⁰ A. HUERGO LORA, *Los convenios urbanísticos*, op. cit., p. 28 e ss..

⁸²¹ Riconoscono la natura di *contrato administrativo* TS de 2 de enero de 1980; de 29 de abril de 1989; de 6 de marzo de 2003; 3 de febrero de 2003; 16 de octubre de 2001 TSJ de Galicia de 31 de julio de; 29 de mayo de 2003 ;TSJ de Asturias de 12 de junio de 2003; TSJ de Aragón de 14 de abril de 2002; TSJ de Islas Baleares de 15 de noviembre de 2005;TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 5 de julio de 2002; 20 de septiembre de 2000; TSJ de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos) de 14 de abril de 2000; TSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2005; 5 de octubre de 2004; 3 de enero de 2002; TSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de enero de 2005; TSJ de Extremadura de 28 de noviembre de 2002; TSJ de Madrid de 7 de febrero de 2003; TSJ de Navarra de 4 de octubre de 2005; TSJ del País Vasco de 23 de julio de 2004;15 de julio de 2004; 17 de enero de 2003.

convenzionale. Così, per esempio, il *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Málaga)* de 14 de junio de 2005, in relazione ad un *convenio de planeamiento*, ha affermato: «...la figura de los convenios urbanísticos aconseja tener presente la distinción doctrinal efectuada en la teoría general del Derecho entre el contrato y la convención. La convención no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la Entidad mercantil que lo concierta, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo. Tales compromisos, paralelos o convencionales, tratan de fijar el régimen de una situación futura por lo que podrían asemejarse en su estructura a las disposiciones generales. No lo hacen en su naturaleza jurídica, que sigue siendo la de un simple convenio ajeno a ellas...»⁸²².

A sua volta il *Tribunal Superior de Justicia de Canarias*, sostiene che «...aunque la figura del convenio urbanístico ostente naturaleza negocial, su causa reside más en fijar la extensión y régimen de ejecución de una determinación futura del planeamiento, para el caso de que la misma llegue a concretarse por los procedimientos legalmente establecidos, que en el vínculo de contenido patrimonial típico de la figuras contractuales; y a partir de ahí hemos de considerar que el convenio no es un contrato...»⁸²³.

A seconda della diversa tesi cui ci si accosta, il regime giuridico, quanto alla disciplina statale applicabile, varia e sarà determinato con carattere prevalente ora dalle previsioni contenute nel *TR de la Ley de los Contratos del Sector Público de 2011*, in particolare per ciò che concerne la *preparación* e la *adjudicación*, gli effetti e l'estinzione del contratto; ora dalla legislazione *básica* prevista nella *Ley 30/1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y del Procedimiento Administrativo Común*.

A questi due distinti corpi normativi si affiancano, oltre, chiaramente, alle disposizioni urbanistiche e alle norme specificamente previste per i *convenios urbanísticos*, il *TR de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 1986*, e, in via sussidiaria le altre norme e principi del diritto amministrativo o, in mancanza, del diritto privato.

⁸²² In questo senso anche TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 14 de marzo de 2005; (Sala de Málaga) de 28 de octubre de 2003; (Sala de Sevilla) de 12 de diciembre de 2002.

⁸²³ TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 5 de febrero de 2002. Riconducono più espressamente i convenios urbanísticos nell'ambito applicativo dell'art. 88 de la Ley 30/1992, TS de 31 de marzo de 2004; TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 5 de mayo de 2004; TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 5 de julio de 2002; 20 de septiembre de 2000; TSJ de de Castilla y León (Sala de Burgos) de 3 de octubre de 2000; TSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 1999; TSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2005; 20 de mayo de 2005; 9 de diciembre de 2004; 4 de diciembre de 2003; 22 de noviembre de 2000 ; TSJ de La Rioja de 16 de mayo de 2002; TSJ de Madrid de 7 de febrero de 2003; TSJ de de Murcia de 15 de noviembre de 2000; 1 de marzo de 2000; TSJ de País Vasco de 30 de octubre de 2003; 17 de enero de 2003.

Particolare attenzione è stata prestata dalla dottrina spagnola nella catalogazione dei principi di diritto amministrativo applicabili.

Già la clausola di abilitazione generale di cui all'art. 4 del TRLCAP e all'art. 88 della *LRJAP* subordinano la stipulazione di *contratos, pactos y convenios* al rispetto dell'ordinamento giuridico, dell'interesse pubblico e del principio di buona amministrazione.

Ad essi devono aggiungersi oltre al principio di legalità, i principi di *seguridad jurídica* e di legittimo affidamento, i principi di proporzionalità e di efficacia dell'azione amministrativa, e, infine, i principi di pubblicità e trasparenza⁸²⁴.

2.4. Responsabilità patrimoniale dell'amministrazione per inadempimento di un convenio urbanístico.

Questione in parte dipendente dalla natura giuridica che si intende riconoscere ai *convenios urbanísticos*, è quella della responsabilità per inadempimento dell'accordo⁸²⁵. Laddove, infatti, si riconosca la natura di *contrato administrativo*, l'amministrazione, potrebbe vedersi obbligata a corrispondere una somma di denaro a titolo di "indennizzo", anche nel caso in cui essa sia parte di un *convenio de planeamiento*.

Benché sia costantemente ribadito che questo tipo di convenzione urbanistica non abbia forza vincolante, stante il principio di indisponibilità del potere pubblico, talvolta la giurisprudenza⁸²⁶, e, come si vedrà, in alcuni casi, anche lo stesso legislatore autonomo (Cantabria, Valencia)⁸²⁷ prevedono, a tutela dell'affidamento che la stipulazione dell'accordo ha ingenerato nel privato, l'obbligo di corrispondere un ristoro economico a suo favore.

Fermo infatti che questi non possa vantare alcun diritto ad esigere l'esecuzione di quanto pattuito, e che l'amministrazione conserva intatta la propria *potesta variandi*, si riconosce, tuttavia, che la mancata ricezione da parte dell'amministrazione del

⁸²⁴ M. P. OCHOA GÓMEZ, *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*, op. cit., p. 165 e ss..

⁸²⁵ Si veda, su questi aspetti, A. ALONSO CLEMENTE, *Responsabilidad Patrimonial derivada de las potestades administrativas en materia de urbanismo*, in *Práctica Urbanística*, n. 113, *Sección Instituciones comparadas*, 2012, p. 68 e ss.; ID., *Ius variandi y eficacia de los convenios urbanísticos de planeamiento*, in *Practica urbanística*, n. 93, 2010; M. J. ALONSO MAS, *Responsabilidad patrimonial de la administracion por incumplimiento de los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del TS*, in *Revista de estudios de la Administracion local y autonómica*, n. 271-272, 1996, p. 853 e ss.; L. CUSCULLUELA MONTANER, *Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo*, RAP, n. 84, 1977, p. 185 e ss..

⁸²⁶ TS de 25 de noviembre de 2003; TSJ de Extremadura de de 24 de julio de 2002; 16 de mayo de 2002; TSJ de País Vasco de 17 de enero de 2003, che riconoscono al privato ricorrente il ristoro tanto del danno emergente che del lucro cessante, in conseguenza della mancata ricezione dell'accordo nel piano urbanistico.

⁸²⁷ Il *Tribunal Constitucional* si è pronunciato, a proposito della legislazione dell'Extremadura, riconoscendo la competenza delle Comunità Autonome ad introdurre ulteriori ipotesi di responsabilità patrimoniale dell'amministrazione, rispetto a quanto previsto dalla legislazione statale comune. Cfr. TC de 13 de diciembre 2011.

contenuto dell'accordo nel piano, costituisca una forma di inadempimento, che può dar luogo ad indennizzo a riparazione del pregiudizio subito.

E' percepibile la contraddizione insita in una soluzione di questo tipo: se si riconosce responsabilità, si riconosce anche un diritto alla controparte, quantomeno in termini di tutela delle proprie aspettative⁸²⁸. Per cui è legittimo chiedersi se, almeno nelle Comunità Autonome che ammettono la responsabilità dell'amministrazione, non sia stata riconosciuta la natura vincolante anche dei *convenios de planeamiento*⁸²⁹.

Diverso è però il caso in cui il privato abbia già eseguito la propria prestazione⁸³⁰. In tal caso questi avrà sicuramente diritto alla ripetizione di quanto indebitamente percepito dall'amministrazione, anche mediante azione per ingiusto arricchimento. Proprio al fine di prevenire simili ipotesi, la maggior parte delle Comunità autonome ha disposto, a pena di nullità della convenzione medesima, il divieto per le amministrazioni di ricevere la prestazione del privato, sia essa in denaro o consistente in un *facere*, prima dell'approvazione del testo definitivo del *convenio* e della sua ricezione nel piano urbanistico.

2.5. Aspetti processuali. Impugnazione dei *convenios urbanísticos* e *acción pública*.

La natura amministrativa dei *convenios urbanísticos*, rispondente oppure no ad uno schema contrattuale, comporta invece la devoluzione delle relative controversie alla cognizione dei *Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa*.

Risulta ormai superato infatti il problema del riparto di giurisdizione, originato da un desueto orientamento giurisprudenziale che sosteneva la natura di *contratos civiles* delle fattispecie in analisi, con conseguente competenza del giudice ordinario. Oggi, dopo l'art. 303 del *TRLS* del 1992 (art. 47 dell'attuale *TRLS* del 2008), pressoché tutte le legislazioni autonome risolvono il problema qualificando espressamente i *convenios* a carattere amministrativo e devolvendo la cognizione delle relative controversie ai giudici del contenzioso amministrativo.

Quanto all'atto avverso cui proporre ricorso, la prevalente giurisprudenza ritiene, con particolare riferimento ai *convenios de planeamiento*, che il procedimento che porta alla loro stipulazione è indipendente ed autonomo rispetto al successivo ed eventuale procedimento di modifica del piano urbanistico, sicché è il *convenio*, o meglio l'atto di

⁸²⁸ Cfr. J. TEJEDOR BIELSA, J., *Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción*, in RAP, n. 181, 2010, p. 106. Contrario al riconoscimento di un indennizzo a tutela della buona fede o del legittimo affidamento del privato anche J. M BAÑO LEÓN, *Dereho urbanístico común*, *op. cit.*, p. 148.

⁸²⁹ L'orientamento risulta comunque ancora minoritario. Riconosce il carattere non vincolante del *convenio de planeamiento*, e dunque, esclude ogni forma di responsabilità dell'amministrazione anche nella stessa *Comunidad de Cantabria* la sentenza del TSJ de Cantabria 6 de julio 2009.

⁸³⁰ Analoghe conseguenze derivano anche nel caso di nullità del *convenio*, cfr. A. HUERGO LORA, *Los convenios urbanísticos*, *op. cit.*, p. 162, che riconosce oltre all'obbligo di devoluzione reciproca delle prestazioni già ricevute, anche una responsabilità precontrattuale per violazione del principio di buona fede nella conduzione delle trattative in chi, conoscendo o avendo dovuto conoscere la causa di nullità dell'accordo, non lo abbia comunicato alla controparte.

approvazione (ratifica) del medesimo da parte dell'organo amministrativo collegiale competente, a dover essere impugnato⁸³¹.

Benché quindi questo non sia vincolante e tantomeno produca effetti diretti sulla disciplina urbanistica, non si esclude l'autonoma impugnabilità, in quanto la dichiarazione di volontà dell'amministrazione costituisce una "*actuación*" impugnabile ai sensi dell'art. 1 *de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*.

Desta particolare interesse inoltre il regime della c.d. *acción pública*, trattandosi di un'azione che non conosce equivalenti nell'ordinamento italiano.

Azione popolare *uti cives*, introdotta già dalla *Ley sobre regime del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956*, e disciplinata oggi dall'art. 48 del *Texto refundido de la Ley del Suelo de 2008*⁸³², l'*acción pública* può essere proposta da chiunque, coincidendo l'interesse ad agire con la semplice qualità di cittadino, ed in reazione a qualsiasi violazione, o presunta tale, della disciplina urbanistica⁸³³.

Soprattutto in conseguenza della disciplina legislativa che dei *convenios urbanísticos* hanno fornito le varie Comunità autonome, l'*acción pública* è uno strumento efficace, cui ricorrere in funzione di controllo democratico dell'azione amministrativa consensuale. Grazie poi al procedimento di *información pública*, al quale le convenzioni devono ora essere sottoposte, ne scaturisce un circolo virtuoso di partecipazione e controllo da parte dei cittadini, a garanzia dell'interesse pubblico alla

⁸³¹ Come precisa il Tribunal Supremo nella *sentencia* de 13 de julio de 2004, l'atto di approvazione del convenio è «...un acto administrativo no de trámite y sí definitivo, en cuanto expresaba la decisión última de la Corporación de obligarse con un tercero, y de obligarse con él en unos términos que ya se establecían. Acto definitivo subordinado en sus consecuencias jurídicas concretas al devenir posterior del procedimiento de elaboración del Plan, pero no subordinado a él en cuanto a su fuerza de obligar y a su aptitud para producir efectos jurídicos. Separable, por tanto, en cuanto tal pacto perfeccionado y generador de efectos jurídicos, del Plan en elaboración...». Nello stesso senso, TS de 24 de marzo de 2003 de 20 de octubre de 2005; TSJ de Galicia de 3 de abril de 2003; TSJ de Madrid de 30 de enero de 2004. *Contra* TSJ de Navarra de 8 de junio de 2004: «...La ratificación (o aprobación definitiva) del Convenio no es un acto de trámite en cuanto al Convenio en sí mismo pues es el acto que pone fin al procedimiento de elaboración de dicho convenio. En este sentido, el acto impugnado no es un acto de trámite. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el convenio en sí mismo tiene fuerza obligatoria -la que le confiere el art. 141.4 LF 10/1994, de Ordenación del Territorio y Urbanismo- sólo entre los firmantes, no frente a los terceros que, en principio, no resultan concernidos por él y, consiguientemente, carecen de legitimación para impugnarlo. Contrariamente, frente a éstos terceros, la única virtualidad que puede tener es la de ser el acto a partir del cual se inicia un procedimiento de modificación de un instrumento de planeamiento o, con carácter más general, promover el desarrollo de la actividad según dicción legal, art. 140.1. En este contexto, no cabe duda de que el convenio es un acto de trámite, cuya aprobación definitiva no predetermina la modificación, y, en definitiva, un acto inimpugnable...».

⁸³² Artículo 48. Acción pública. «1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística. 2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística».

⁸³³ Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *La disciplina urbanística*, 2° ed., Iustel, Madrid, 2012, p. 151: «la acción pública consiste en el apoderamiento a todos los sujetos con una acción racional frente a cualesquiera transgresiones de la ordenación territorial-urbanística». In giurisprudenza, si veda TS 30 de octubre de 1997; 11 de junio de 2003.

tutela dell'ambiente e ad una ordinata e corretta gestione del territorio⁸³⁴. La giurisprudenza, del resto, ha introdotto i necessari correttivi perché il ricorso a questo strumento processuale non si trasformi in un uso abusivo del diritto riconosciuto dall'ordinamento⁸³⁵.

Ulteriore forma di controllo generalizzato, per il tramite processuale, sui *convenios urbanísticos* può inoltre ravvisarsi nell'art. 63.1 b) della *Ley reguladora de la Bases de Régimen Local*. La norma ammette la possibilità di impugnare «*los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico*» anche a «*los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos*». E' semplicemente il voto contrario e la qualità di *miembro de la corporación* che, anche in questo caso, legittima l'azione processuale⁸³⁶.

⁸³⁴ Sottolinea la necessità di uno stretto collegamento tra la messa in atto di strumenti di pubblicità e trasparenza (*información pública*, in particolare) e una resa efficace dell'istituto processuale *uti cives*, R.O. BUSTILLO BOLADO, J.R. CUERNO LLATA, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y Particulares*, *op.cit.*, p.116.

⁸³⁵ L'*acción pública* diviene tale, secondo il *Tribunal Superior de Justicia de Aragón*, *sentencia* de 14 de abril de 2000, quando viene esercitata esclusivamente per produrre un danno al terzo, anziché perseguire il beneficio della collettività. Del resto, l'azione popolare è esclusa per quanti, inizialmente interessati direttamente dall'accordo, non lo impugnano nei termini e solo successivamente, convertendosi in semplici terzi, pretendono per il nuovo tramite processuale un intervento giudiziale, così TSJ del País Vasco de 29 de noviembre de 2004; 1 de julio de 2004. Inoltre, viene precisato che l'azione può riferirsi soltanto agli aspetti del *convenio* che si riferiscono alla disciplina urbanistica, mentre risulterà improcedibile quando versi sul carattere eccessivamente oneroso delle obbligazioni poste a carico del privato, TSJ de Galicia de 3 de abril de 2003.

⁸³⁶ La giurisprudenza ha comunque precisato che non può intendersi come voto contrario l'astensione o la semplice assenza alla riunione dell'organo collegiale che ha approvato l'accordo. Cfr. TS de 7 de noviembre de 1985 e 22 de octubre de 1992.

CAPITOLO III

I CONVENIOS URBANÍSTICOS DE PLANEAMIENTO NELLA LEGISLAZIONE DELLE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

SOMMARIO: 1. I *convenios urbanísticos de planeamiento* nella legislazione autonómica. - 2. I *convenios urbanísticos de planeamiento* in Andalucía e Aragon, nel Principado de Asturias, nelle Islas Baleares e Canarias, e in Cantabria. - 3. I *convenios urbanísticos de planeamiento* in Castilla-La Mancha e Castilla y León, in Cataluña, Extremadura, Galicia e La Rioja. - 4. I *convenios urbanísticos de planeamiento* nella Comunidad de Madrid, nella Comunidad Foral de Navarra, nella Comunidad Valenciana, nella Región de Murcia e nel País Vasco.

1. I *convenios urbanísticos de planeamiento* nella legislazione autonómica.

Come si è cercato di mettere in evidenza nel precedente capitolo, a fronte di una consolidata, ma al tempo stesso debole, impostazione gerarchica della legislazione urbanistica statale, in Spagna è andata radicandosi nell'esperienza una concezione della gestione del territorio di tipo consensuale⁸³⁷.

La realtà amministrativa dei *convenios urbanísticos* ha imposto una necessità di trasparenza e di legalità che è stata raccolta dalle Comunità autonome. E' noto del resto come la pratica convenzionale in questione sia da sempre anche un forte fattore di corruzione delle amministrazioni spagnole⁸³⁸. Con l'unica eccezione delle *Islas Baleares*, perciò, tutte le Comunità hanno introdotto una precisa disciplina dei *convenios urbanísticos de planeamiento* così come dei *convenios de ejecución*.

⁸³⁷ Come afferma J. Tejedor Bielsa, «*Hoy, en muchos municipios nada parece poder moverse en el urbanismo sin previo convenio. El convenio es el dios menor del urbanismo, la palanca que todo lo mueve, la llave que todo lo abre, la ley que todo lo puede. Nada sin el convenio, todo por él o, más bien, bajo él. El plan en ese contexto no es más que el instrumento administrativo para plasmar los acuerdos alcanzados mediante convenio, que, a la postre, son el máximo exponente, a día de hoy, de la mercantilización de las potestades públicas y la relativización de su indisponibilidad*». Cfr. J. TEJEDOR BIELSA, *Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción*, op. cit., p. 105.

⁸³⁸ Nel noto caso di corruzione "Malaya", per esempio, si contano più di 600 *convenios urbanísticos* conclusi dall'amministrazione del comune di Marbella. Cfr. B. LOZANO CUTANDA, *Urbanismo y corrupcion: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo*, RAP, n. 172, 2007, p. 339 e ss., che propone la soluzione, nelle sue parole, drastica ma necessaria, dell'abrogazione dei *convenios urbanísticos*. Si veda, più di recente, M. VAQUER CABALLERÍA, M., *El desgobierno del territorio*, in *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar: el papel del derecho administrativo: actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Universidad San Pablo-CEU, 19 ed., Madrid, Reus, 2013.

Deve invece segnalarsi sin da subito come la Comunidad de Madrid, che insieme alla Comunidad Valenciana e a quella di Navarra fu tra le prime a legiferare, nel 2007 ha compiuto una decisa inversione di rotta, vietando nel proprio territorio l'impiego dei *convenios urbanísticos de planeamiento*.

La scelta del legislatore madrilenno sembrerebbe, al momento, non aver avuto seguito nelle altre Comunità, che pure sono intervenute di recente sulle loro legislazioni urbanistiche, ma senza modificare le norme specificamente dedicate all'istituto.

Quanto alla disciplina dei *convenios urbanísticos de planeamiento* prevista nei diversi corpi normativi, salva la presenza di alcuni aspetti simili – in parte derivanti dalla legislazione comune – come quelli relativi agli obblighi di pubblicità, si riconoscono alcuni tratti di differenziazione, in particolare per ciò che concerne il procedimento e le scelte compiute in tema di inadempimento e di responsabilità dell'amministrazione.

E' sulla varietà delle soluzioni offerte dal legislatore spagnolo che perciò si cercherà di concentrare l'attenzione: dalla loro analisi dipende, del resto, lo stesso arricchimento della nostra comparazione⁸³⁹.

2. I *convenios urbanísticos de planeamiento* in Andalucía e Aragón, nel Principado de Asturias, nelle Islas Baleares e Canarias, e in Cantabria.

L'art. 30.2 della *Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía*, come modificata dalla *Ley 2/2012 de 30 de enero*,⁸⁴⁰ abilita le amministrazioni – tanto i

⁸³⁹ Per alcuni riferimenti sulla legislazione autonómica in materia di *convenios urbanísticos* si veda R. FERNÁNDEZ MONTALVO, *Legislación urbanística estatal y autonómica. Principios e instituciones comunes*, in *Serie claves del gobierno local*, n° 5, *Estudios sobre urbanismo? (Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)*, p. 77 e ss.; J. AROZAMENA SIERRA, *Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos*, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 146, 1996, p. 11 e ss.; F. GARCÍA RUBIO, *Los convenios urbanísticos*, *Práctica Urbanística*, n. 33, 2004, p. 27 e ss.; M. A. GARCÍA VALDERREY, *Los convenios de Planeamiento Urbanístico (1)*, *Práctica Urbanística*, n. 77, 2008, p. 7 e ss.; ID., *Los convenios de Planeamiento Urbanístico (2)*, *Práctica Urbanística*, n. 78, 2009, p. 7 e ss.; P. MARTÍN HERNÁNDEZ, *Los Convenios Urbanísticos*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 144, Julio 1995, p. 59 e ss.; R. MIRÓ MIRÓ, *Los convenios urbanísticos*, in *Cuadernos de Derecho Local*, n. 17, 2008, p. 90 e ss.; J. L. PÉREZ LÓPEZ, *Los convenios urbanísticos I. Convenios de planeamiento*, *Práctica Urbanística*, n. 40, 2005, p. 49 e ss.; ID., *Los convenios urbanísticos II. Convenios de ejecución del planeamiento (1)*, in *Práctica Urbanística*, n. 42, 2005, p. 45 e ss.

⁸⁴⁰ Ley 7/2002, Ordenación Urbanística de Andalucía, artículo 30. Convenios urbanísticos de planeamiento. «1. La Administración de la Junta de Andalucía y los Ayuntamientos, así como los organismos adscritos o dependientes de una y otros, podrán suscribir entre sí y con otras Administraciones y sus organismos convenios interadministrativos para definir de común acuerdo y en el ámbito de sus respectivas competencias los términos en que deba preverse en el planeamiento urbanístico la realización de los intereses públicos que gestionen. En todo lo no previsto en esta Ley será de aplicación a los convenios interadministrativos lo dispuesto en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas. 2. La Administración de la Junta de Andalucía y los Ayuntamientos, actuando en el ámbito de sus respectivas competencias y de forma conjunta o separada, podrán también suscribir con cualesquiera personas, públicas o privadas, sean o no propietarias de suelo, convenios urbanísticos

comuni che la Comunità autonoma – a stipulare *convenios de planeamiento* sia con soggetti pubblici che privati, siano essi proprietari o meno dei terreni interessati.

Oggetto del *convenio* può essere qualsiasi modificazione o revisione del piano urbanistico, a fronte della cessione di terreni o della corresponsione di una somma di denaro.

Quanto all'efficacia, la norma esclude che il *convenio* possa vincolare l'esercizio delle potestà di piano. L'amministrazione che sottoscrive un accordo di questo tipo non assume un'obbligazione di risultato, non può, cioè, garantire che le determinazioni urbanistiche convenute verranno recepite nel piano. Unico effetto che pertanto si ricollega alla sua stipulazione è che l'amministrazione avvii il procedimento di revisione, senza che ciò comporti alcuna pretesa del privato circa il contenuto finale della nuova disciplina.

In questo modo l'art. 30 mette al riparo l'amministrazione anche da qualsiasi forma di responsabilità. D'altra parte, al fine di tutelare anche il privato, la norma andalusa prevede che l'amministrazione non potrà ricevere la sua prestazione – soprattutto quando questa abbia ad oggetto la corresponsione di una somma di denaro – finché non intervenga l'approvazione della variante nel senso e con il contenuto pattuito. Qualsiasi versamento anticipato varrà a titolo di deposito o cauzione.

Manca, invece, nella disciplina in analisi una previsione espressa, rinvenibile nella legislazione urbanistica della generalità delle altre Comunità Autonome, dei casi di nullità del *convenio*.

relativos a la formación o innovación de un instrumento de planeamiento. Los convenios a que se refiere el párrafo anterior tendrán, a todos los efectos, carácter jurídico administrativo y les serán de aplicación las siguientes reglas: 1.ª Sólo tendrán el efecto de vincular a las partes para la iniciativa y tramitación del pertinente procedimiento sobre la base del acuerdo respecto de la oportunidad, conveniencia y posibilidad de concretas soluciones de ordenación, y en ningún caso vincularán a las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus potestades. 2.ª La cesión del aprovechamiento urbanístico correspondiente a la Administración urbanística, bien en suelo o cantidad sustitutoria en metálico según las condiciones que se establezcan en el convenio, se integrará en el patrimonio público de suelo correspondiente. En los casos en los que la cesión del aprovechamiento urbanístico se realice mediante el pago de cantidad sustitutoria en metálico, el convenio incluirá la valoración de estos aprovechamientos realizada por los servicios de la Administración. 3.ª Cuantas otras aportaciones económicas se realicen en virtud del convenio, cualquiera que sea el concepto al que obedezcan, deberán, igualmente, integrarse en el patrimonio público de suelo de la Administración que lo perciba, salvo que tengan por objeto asumir gastos de urbanización.» 3. La tramitación, celebración y cumplimiento de los convenios regulados en este artículo se regirán por los principios de transparencia y publicidad». Sulla legislazione urbanistica e sui *convenios urbanísticos* in Andalucía, si veda AA.VV., *Derecho Urbanístico de Andalucía*, Tirant Loblanc, Valencia, 2003; M. REBOLLO PUIG, (Coordinador), *Derecho urbanístico y ordenación del territorio en Andalucía*, Iustel, Madrid, 2007; D. FERNÁNDEZ NAVARRO, *Convenios urbanísticos. Su tratamiento en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, in *Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, n. 2, 2007, p. 107 e ss.; G. LAGO NÚÑEZ, *Los convenios urbanísticos en Andalucía*, in *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n. 58, 2005, p. 139 e ss.; S. Olmedo Pérez, *La reforma de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía realizada por la Ley 113/2005. Estudio de su incidencia en el contenido de los planes y convenios urbanísticos*, in *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n. 61, 2006, p. 111 e ss..

L'art. 30, infine, richiama i principi di trasparenza e pubblicità e prevede la pubblicazione dell'accordo in un apposito registro.

Il Capitolo VI della nuova *Ley 3/2009, de Urbanismo de Aragón*, come modificata dalla recente *Ley 4/2013 de 23 de mayo*⁸⁴¹, è dedicato ai *convenios urbanísticos*. L'art. 106 contiene la disciplina generale, mentre il successivo art. 107 è specificamente dedicato ai *convenios de planeamiento*.

Anche l'art. 106⁸⁴² principia con un'abilitazione generale per tutte le amministrazioni della *Comunidad autónoma, las comarcas* e *los municipios* di concludere *convenios* con soggetti pubblici o privati, che abbiano ad oggetto un'attività in collaborazione in materia urbanistica.

A differenza della disciplina andalusa la norma prevede espressamente le ipotesi di nullità dei *convenios urbanísticos*, nei casi in cui l'amministrazione si obblighi espressamente a modificare il *plan general*; accetti prestazioni prima dell'approvazione definitiva dello strumento urbanistico; e ancora, quando l'accordo violi norme di legge o di regolamento, ovvero ponga obbligazioni più gravose di quelle previste dalla legge a carico del privato.

Infine, richiamati i principi di pubblicità e trasparenza, questi vengono declinati in più precisi obblighi di pubblicazione del testo integrale degli accordi sul Bollettino ufficiale della Comunità.

⁸⁴¹ Sulla legislazione urbanistica aragonese, cfr. F. LÓPEZ RAMÓN, *Lecciones de Derecho Urbanístico Aragonés*, Civitas, Madrid, 2011;

⁸⁴² Ley 3/2009, de Urbanismo de Aragón, artículo 106. Objeto. «1. La Administración de la Comunidad Autónoma, las comarcas y los municipios podrán suscribir, conjunta o separadamente, convenios con otras Administraciones Públicas y con particulares, al objeto de colaborar en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística. 2. Estos convenios tendrán carácter administrativo. 3. Serán nulos de pleno derecho los convenios con particulares en los siguientes supuestos: a) Aquellos cuyo contenido determine la necesaria redacción de un nuevo plan general o la revisión del vigente. b) Los que permitan la percepción de cualesquiera prestaciones, en metálico o en especie, antes de la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento correspondiente. 4. Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan normas imperativas, así como las que prevean obligaciones adicionales o más gravosas de las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. 5. La negociación, la celebración y el cumplimiento de los convenios urbanísticos a que se refieren los apartados anteriores se rigen por los principios de transparencia y publicidad conforme a las siguientes reglas: a) Los anuncios de información pública en boletines oficiales que resulten preceptivos conforme a esta Ley incluirán el texto íntegro del convenio. b) Las administraciones que los suscriban deberán publicar en el boletín oficial correspondiente los acuerdos de aprobación definitiva de cualesquiera convenios urbanísticos y el texto íntegro de los mismos. 6. Todo convenio urbanístico, salvo los incluidos en programas de urbanización, que se regirán por su normativa específica, deberá incorporar un plazo máximo de vigencia, indicando los efectos derivados de su vencimiento sin su total cumplimiento, así como, cuando proceda, una valoración económica expresa y motivada de los compromisos que del mismo deriven para quienes los suscriban y de las garantías financieras o reales previstas para asegurar el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. Las garantías correspondientes a las obligaciones que pudieran asumir las Administraciones públicas se prestarán conforme a lo establecido en su normativa específica. El cumplimiento de lo establecido en este apartado constituye condición esencial de validez del convenio».

L'art. 107 fornisce, a sua volta, una definizione di *convenios de planeamiento*: sono tali gli accordi che hanno per oggetto l'approvazione o la modificazione di un piano urbanistico.

La norma subordina l'approvazione del *convenio*, da parte dell'organo collegiale dell'*Ayuntamiento*, ad un periodo di *información pública*. E' inoltre precisata la natura non vincolante dell'accordo, e si esclude espressamente ogni forma di indennizzo e di responsabilità dell'amministrazione.

Con una sorta di clausola risolutiva espressa si prevede, infine, che se il contenuto dell'accordo non verrà recepito, questo si intenderà automaticamente risolto⁸⁴³.

Il *Decreto Legislativo 1/2004* con cui è approvato il *Texto Refundido de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias* dedica gli artt. 210-214 alla disciplina dei *convenios urbanísticos*⁸⁴⁴.

⁸⁴³ Artículo 107. Convenios de planeamiento. «1. Se consideran convenios sobre el planeamiento aquellos que tengan por objeto la aprobación o modificación del planeamiento urbanístico. Podrán también referirse a la ejecución del planeamiento, en los términos establecidos en el artículo siguiente. 2. La competencia para aprobar estos convenios por parte municipal corresponde al Ayuntamiento Pleno, previa apertura de un período de información pública e informe del órgano autonómico competente en materia de urbanismo por plazo de un mes sobre el proyecto de convenio. El informe versará exclusivamente sobre las cuestiones de alcance supralocal o de legalidad establecidas en el artículo 49. 3. La eficacia de los convenios urbanísticos que prevean la aprobación o alteración del planeamiento, cuando corresponda su aprobación definitiva o la emisión de informe urbanístico o sectorial determinante del resultado final del procedimiento a otra Administración, queda condicionada por ministerio de la Ley a la aprobación definitiva del planeamiento por la Administración autonómica y a la inexistencia de informes determinantes del resultado final del procedimiento que la hagan inviable. De no recaer dicha aprobación definitiva o emitirse informes determinantes del resultado final del procedimiento que la hagan inviable, los convenios sobre el planeamiento no darán lugar a indemnización alguna entre las partes ni a responsabilidad patrimonial de la Administración. 4. El municipio conservará en plenitud su potestad de planeamiento, que no quedará condicionada en modo alguno por las estipulaciones del convenio. Si, finalmente, no se aprobara definitivamente el cambio de planeamiento, el convenio se entenderá automáticamente resuelto».

⁸⁴⁴ D. Leg. 1/2004, Texto Refundido de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias, Artículo 210. Clases de convenios: «1. El Principado de Asturias y los Ayuntamientos podrán suscribir, conjunta o separadamente, y siempre en el ámbito de sus respectivas competencias, convenios con personas o entidades públicas o privadas, tengan éstas o no la condición de propietarios de los terrenos correspondientes, para su colaboración en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad administrativa urbanística. 2. Los convenios que se celebren entre distintas Administraciones Públicas para la colaboración en el ejercicio de sus respectivas competencias no tendrán la calificación de convenios urbanísticos y se regirán por su normativa específica. 3. Los convenios que se celebren entre particulares, incluidos los que se celebren entre los agentes urbanizadores, edificadores o rehabilitadores y los particulares afectados por su actuación, tendrán carácter privado y no se considerarán convenios urbanísticos, si bien sus determinaciones serán incorporadas a actos o procedimientos administrativos en los términos previstos en la normativa aplicable».

Artículo 211. Contenido «1. Los convenios urbanísticos podrán tener el contenido expresamente previsto en la normativa urbanística o el que las partes libremente acuerden, siempre que no vulneren, directa o indirectamente, la normativa urbanística o el planeamiento, y respeten el principio de indisponibilidad de las potestades administrativas. 2. En todo caso, deberá especificarse en los convenios cuál es el régimen jurídico aplicable a la actuación pactada, diferenciando los deberes y obligaciones a que habrían estado sometidas las partes en ausencia de convenio por aplicación de dicho régimen jurídico, y los que asuman voluntariamente, en su caso, en el convenio. 3. En los convenios en que se determine el contenido y la forma de cumplimiento de los deberes impuestos a los particulares en el proceso de

L'art. 211 sancisce il rispetto del principio di indisponibilità delle potestà amministrative ed esclude la natura vincolante di qualsiasi *convenio de planeamiento*.

Il suo impiego è ammesso espressamente solo in via eccezionale, mentre si precisa, anche qui, che l'unico effetto derivante dalla stipula è quello di abilitare l'avvio di un procedimento di revisione del piano urbanistico.

E' prevista l'iscrizione dell'accordo nel *Registro de la Propiedad*, la sottoposizione ad *información pública* per il periodo di un mese e, una volta sottoscritto, la sua pubblicazione nel Bollettino ufficiale e nel *Registro público de Planeamiento y Gestión Urbanística de Asturias*. Si richiamano, in punto di disciplina, i principi del diritto amministrativo e in via sussidiaria quelli di diritto privato.

Quanto alle Islas Baleares, si tratta dell'unica *Comunidad Autonoma* che non dispone neppure di una normativa propria in materia urbanistica. Si applica perciò in via sussidiaria il *Texto Refundido de la Ley Estatal de Suelo de 1976*.

Una disciplina parziale è comunque prevista nella *Ley 10/1990 de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística de las Islas Baleares*, mentre dal 29 maggio 2014 entrerà in vigore la nuova *Ley 7/2012, de 13 de junio, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible*, nella quale non si rinvencono però disposizioni sui *convenios*.

gestión urbanística, incluida la conversión a metálico de los aprovechamientos urbanísticos que corresponden a la Administración, en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 119 de este Texto Refundido, deberá incluirse como anexo la valoración pertinente, practicada o avalada por los servicios administrativos que tengan atribuida tal función con carácter general en la correspondiente Administración. 4. En casos excepcionales, los convenios podrán prever o tener por objeto modificaciones urbanísticas parciales, siempre que con ello no se ponga en riesgo la dirección pública del desarrollo urbanístico del concejo. En todo caso, los convenios no podrán conducir, directa o indirectamente, al falseamiento de los procedimientos administrativos y de participación ciudadana necesarios para la práctica de la modificación. Las estipulaciones convenidas sólo producirán, en su caso, el efecto de vincular a las partes del convenio para la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la innovación del planeamiento sobre la base del acuerdo sobre la oportunidad, conveniencia y posibilidad de una nueva solución de ordenación. En ningún caso vincularán o condicionarán el ejercicio por la Administración Pública, incluso la firmante del convenio, de la potestad de planeamiento».

Artículo 212 Eficacia real «1. El contenido de los convenios urbanísticos deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad en los términos previstos en su normativa específica. 2. Los compromisos adquiridos convencionalmente por los propietarios de terrenos vincularán a los terceros adquirentes de éstos cuando hayan sido inscritos, de acuerdo con lo previsto en la legislación estatal.

Artículo 213 Procedimiento y publicidad 1. Los convenios se someterán a información pública por el plazo de un mes y serán suscritos en nombre de la entidad local por el órgano municipal competente. Los convenios regulados en el apartado 4 del artículo 21 de este Texto Refundido, deberán ser autorizados previamente por el Pleno. Los convenios que celebre el Principado de Asturias serán suscritos por el órgano que resulte competente según sus propias normas de organización. 2. Una vez suscritos, los convenios serán publicados en el BOLETÍN OFICIAL del Principado de Asturias e incorporados al Registro público de Planeamiento y Gestión Urbanística de Asturias».

Artículo 214 Normas aplicables a los convenios urbanísticos «Los convenios urbanísticos se regirán por este Texto Refundido y sus disposiciones de desarrollo y, de forma supletoria, por las normas y principios generales del Derecho Administrativo y, en su defecto, del Derecho Civil». Sulla disciplina dei convenios urbanísticos nel Principado de Asturia, cfr. R. BOCANEGRA SIERRA, A. HUERGO LORA, *El derecho urbanístico del Principado de Asturias*, Iustel, Madrid, 2005.

Un riferimento espresso ai *convenios de planeamiento* è invece presente nell'art. 236 del *Decreto Legislativo 1/2000*, recante il *Texto Refundido de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales Protegidos de Canarias*.

La norma, preservando l'integrità dello *ius variandi*, riconosce la valenza esclusivamente preparatoria dei *convenios* rispetto alle successive determinazioni unilaterali dell'amministrazione, e con la consueta clausola dichiara che «*las estipulaciones...sólo tienen el efecto de vincular a las partes del convenio para la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la modificación o revisión del planeamiento o instrumento de que se trate sobre la base del acuerdo sobre la oportunidad, conveniencia y posibilidad de una nueva solución de ordenación ambiental, territorial o urbanística. En ningún caso vincularán o condicionarán el ejercicio por la Administración Pública, incluso la firmante del convenio, de la potestad de planeamiento o de aprobación del pertinente instrumento*».

I successivi artt. 237-239 prevedono la sottoposizione del *convenio* a *información pública* per un periodo non inferiore a venti giorni, mediante annuncio pubblicato sul *Boletín Oficial de la Comunidad* o della Provincia e su almeno un quotidiano a maggiore diffusione nella Comunità; quindi la stesura di un testo definitivo che tenga in considerazione le osservazioni presentate dai cittadini; l'approvazione da parte dell'organo collegiale dell'amministrazione contraente e la sottoscrizione dell'accordo definitivo, nel termine di quindici giorni, da parte del privato, in mancanza della quale esso si intenderà rifiutato.

Il *convenio* una volta sottoscritto è depositato in un apposito archivio al quale chiunque può accedere.

La *Ley 2/2001 de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria*, modificata più di recente dalla *Ley 3/2012 de 21 de junio*, fornisce la base legale dei *convenios urbanísticos* agli artt. 259-264.

Si ripetono le disposizioni in materia di pubblicità e di *información pública* e di nullità, mentre si prevede, in aggiunta, un obbligo di motivazione delle finalità di interesse pubblico che giustificano il ricorso alla convenzione, nonché la devoluzione delle controversie alla giurisdizione del contenzioso amministrativo.

Con riferimento alla natura non vincolante dei *convenios de planeamiento*, di cui all'art. 261⁸⁴⁵, la norma prevede con disposizione apparentemente contraddittoria che

⁸⁴⁵ Ley 2/2001 Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, Artículo 261. Convenios de planeamiento: «1. Se consideran convenios de planeamiento aquellos que tengan por objeto la aprobación o modificación del planeamiento urbanístico. Podrán también referirse a la ejecución del planeamiento en los términos establecidos en el artículo siguiente. 2. La competencia para aprobar estos convenios en el ámbito municipal será del Ayuntamiento Pleno, previa apertura de un período de información pública por plazo no inferior a un mes sobre el proyecto de convenio. 3. Cuando la negociación de un convenio coincida con la tramitación del procedimiento para aprobar un instrumento de planeamiento con el que aquél guarde directa relación se incluirá el texto del convenio en la documentación sometida a información pública, sustituyendo ésta a la prevista en el apartado anterior. 4. El Ayuntamiento estará obligado a tramitar la aprobación o modificación del planeamiento urbanístico

«el Ayuntamiento estará obligado a tramitar la aprobación o modificación del planeamiento urbanístico a que se haya comprometido, pero conservará la plenitud de su potestad de planeamiento».

L'effetto vincolante che sembrerebbe discendere dal *convenio* sarebbe del resto confermato dal successivo art. 263, che sancisce la responsabilità patrimoniale dell'amministrazione, in caso di inadempimento degli obblighi derivanti dall'accordo⁸⁴⁶.

3. I convenios urbanísticos de planeamiento in Castilla-La Mancha e Castilla y León, in Cataluña, Extremadura, Galicia e La Rioja.

Il *Decreto-Legislativo 1/2010 de 18 de mayo* recante il *Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha*, e sostitutivo del precedente D.Leg. 1/2004⁸⁴⁷, è il secondo corpo legislativo che incontriamo, dopo quello delle Canarie, che, accanto alla disciplina sostanziale dei *convenios urbanísticos*⁸⁴⁸, definisce puntigliosamente anche l'*iter* procedimentale da seguire.

a que se haya comprometido, pero conservará la plenitud de su potestad de planeamiento. La ausencia de aprobación definitiva del cambio de planeamiento determinará la automática resolución del convenio, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes».

⁸⁴⁶ Artículo 263. Responsabilidad por incumplimiento. «1. La resolución de un convenio por causas imputables al incumplimiento de una de las partes dará lugar a las responsabilidades fijadas en sus estipulaciones. 2. En defecto de previsión específica en el texto del convenio, en caso de incumplimiento del particular, la Administración actuante tendrá derecho a ser resarcida de los daños y perjuicios imputables a aquél, que se puedan pericialmente probar. Si el incumplimiento fuera debido a la Administración, se estará a lo dispuesto en la legislación estatal sobre la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas».

⁸⁴⁷ Cfr. L. PAREJO ALFONSO (dir.), *Derecho urbanístico de Castilla-La-Mancha*, Marcial Pons, Madrid, 1999; J. DEL OLMO ALONSO, *La regulación de los convenios urbanísticos en la Comunidad de Castilla-La Mancha*, in *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 27, 1999, p. 123 e ss.

⁸⁴⁸ D.-Leg. 1/2010 de 18 de mayo recante il *Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha*, Artículo 11. El concepto, los principios, el objeto y los límites de los convenios: «1. La Comunidad Autónoma y los Municipios podrán suscribir, conjunta o separadamente, y siempre en el ámbito de sus respectivas esferas de competencias, convenios con personas públicas o privadas, tengan éstas o no la condición de propietarios de los terrenos correspondientes, para su colaboración en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad administrativa urbanística. 2. La negociación, la formalización y el cumplimiento de los convenios urbanísticos a que se refiere el número anterior se rigen por los principios de transparencia, publicidad y, cuando proceda, concurrencia. 3. Los convenios urbanísticos se diferenciarán, según tengan por objeto: a) Los términos y las condiciones de la gestión y la ejecución del planeamiento en vigor en el momento de la celebración del convenio, exclusivamente, sin que de su cumplimiento pueda derivarse o resultar innovación de dicho planeamiento. A los compromisos asumidos por las partes del convenio les será de aplicación la subrogación legal de los terceros adquirentes de unidades aptas para la edificación, parcelas, solares o inmuebles. Este tipo de convenios no podrá prever, ni establecer, en perjuicio de quienes no sean parte en ellos, obligaciones o prestaciones adicionales o más gravosas que las derivadas de esta Ley. b) La determinación, en su caso además del objeto anterior, del contenido de posibles innovaciones o alteraciones del planeamiento en vigor, bien directamente, bien por ser éstas precisas en todo caso para la viabilidad de lo estipulado. Este tipo de convenios sólo podrá contener

L'art. 12, in particolare, prevede dopo la sottoscrizione del testo iniziale del *convenio*, la sua pubblicazione sul *Diario Oficial de Castilla-La Mancha* e su almeno un quotidiano con maggiore diffusione nella Comunità, nonché la sottoposizione del testo integrale dell'accordo a *información pública*, per un periodo minimo di venti giorni. E' prevista quindi la facoltà per chiunque di presentare osservazioni, che l'organo competente dovrà tenere in considerazione nell'elaborazione della proposta del testo definitivo del *convenio*.

Una volta notificato, l'accordo dovrà essere sottoscritto dall'interessato entro il termine di quindici giorni, decorsi inutilmente i quali la proposta dell'amministrazione decade e si intenderà per rinunciata dal privato⁸⁴⁹.

L'art. 13, in materia di pubblicità, riconosce, infine, il diritto di accesso dei cittadini secondo le modalità e i termini previsti dalla Legge sul procedimento amministrativo 30/1992⁸⁵⁰.

acuerdos o pactos que, afectando exclusivamente a las partes que los suscriban, sean preparatorios y no vinculantes de la resolución que deba recaer en el procedimiento de aprobación de la innovación o modificación del planeamiento en vigor. Sólo obligarán a las partes del convenio en lo relativo a la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la innovación o modificación del planeamiento sobre la base del acuerdo relativo a la oportunidad, conveniencia y posibilidad de una nueva solución de ordenación y sin condicionamiento del ejercicio por la Administración Pública, incluso la firmante del convenio, de la potestad de planeamiento. 4. Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan, infrinjan, o defrauden objetivamente en cualquier forma: a) Lo dispuesto en las letras a) y b) del número 3 anterior. b) Cualesquiera otras normas imperativas legales o reglamentarias, incluidas las del planeamiento territorial o urbanístico, en especial, las reguladoras del régimen urbanístico objetivo del suelo y del subjetivo de los propietarios de éste».

⁸⁴⁹ Artículo 12. El procedimiento para la celebración y el perfeccionamiento de los convenios: «1. Una vez negociado y suscrito su texto inicial, los convenios urbanísticos deberán someterse, mediante anuncio publicado en el *Diario Oficial de Castilla-La Mancha* y en, al menos, uno de los periódicos de mayor difusión en ésta, a información pública por un período mínimo de veinte días, advirtiendo de la posibilidad de formular alegaciones a su contenido. En dicho anuncio se harán constar las identidades de las partes firmantes del convenio, así como las que, en su caso, se hubieran adherido al mismo, e igualmente se determinará su objeto y se identificará gráfica y descriptivamente el ámbito espacial al cual se refieran. 2. Cuando la negociación de un convenio coincida con la tramitación del procedimiento de aprobación de un instrumento con el que guarde directa relación y, en todo caso, en el supuesto previsto en la letra b) del número 3 del artículo anterior, deberá incluirse el texto íntegro del convenio en la documentación sometida a información pública propia de dicho procedimiento, sustituyendo ésta a la prevista en el número precedente. 3. Tras la información pública, el órgano que hubiera negociado el convenio deberá, a la vista de las alegaciones, elaborar una propuesta de texto definitivo del convenio, de la que se dará vista a la persona o a las personas que hubieran negociado y suscrito el texto inicial para su aceptación, reparos o, en su caso, renuncia. El texto definitivo de los convenios deberá ratificarse: a) Por la persona titular de la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística o, en su caso, el Consejo de Gobierno, previo informe de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo, cuando se hayan suscrito inicialmente en representación de alguno de los órganos de la Junta de Comunidades. b) Por el Ayuntamiento Pleno cuando se hayan suscrito inicialmente en nombre o representación del respectivo Municipio. 4. El convenio deberá firmarse dentro de los quince días siguientes a la notificación del texto definitivo a la persona o personas interesadas. Transcurrido dicho plazo sin que tal firma haya tenido lugar, se entenderá que renuncian a aquél. Los convenios urbanísticos se perfeccionan y obligan desde su firma, tras la ratificación de su texto definitivo en la forma dispuesta en el número anterior».

Si tratta di un accesso che, a seguito delle modifiche apportate dalla *Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, deve intendersi esteso a tutti i cittadini indiscriminatamente, a prescindere dalla titolarità di un interesse, ciò che allinea questa previsione a tutte le altre⁸⁵¹.

Il nuovo *Código de urbanismo de Castilla y León*, nel quale sono incorporate tutte le disposizioni urbanistiche vigenti, contiene diverse norme specificamente dedicate ai *convenios urbanísticos*, e, segnatamente l'art. 94 della *Ley 5/1999 de Normas reguladoras de Urbanismo* e gli artt. 435-440 del *Reglamento de Urbanismo*, approvato con Decreto 22/2004⁸⁵².

In linea di continuità rispetto alle soluzioni approntate generalmente dal legislatore autonomico, è prevista, secondo quanto espresso nella *Exposición de motivos*, una disciplina che garantisca la «*seguridad jurídica*» dello strumento. L'art. 94⁸⁵³ ribadisce, così, la nullità delle convenzioni che violino disposizioni di legge in generale, e la disciplina urbanistica, in particolare; limitino l'esercizio dei poteri dell'amministrazione; prevedano oneri e prestazioni aggiuntive più gravose rispetto a

⁸⁵⁰ Artículo 13. La naturaleza y la publicidad de los convenios: «*Los convenios regulados en este Capítulo tendrán a todos los efectos carácter jurídico-administrativo. Una vez perfeccionados, cualquier ciudadano tendrá acceso a ellos en los términos establecidos en la legislación sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas*»

⁸⁵¹ Sulla nuova *Ley 17/2013*, si veda M. OLMEDO PALACIOS, *La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, in *Diario La Ley*, n. 8237, Sección Doctrina, 27 Enero 2014.

⁸⁵² Cfr. T. QUINTANA LOPEZ, *Manual Básico de Derecho Urbanístico de Castilla y León*, 2 ed., Tirant Loblanch, Valencia 2007.

⁸⁵³ *Ley 5/1999 de Urbanismo de Castilla y León. Artículo 94. Convenios urbanísticos. «1. Las Administraciones públicas, las entidades de Derecho público de ellas dependientes, así como los consorcios y sociedades urbanísticos, podrán suscribir convenios entre sí o con particulares, con la finalidad de establecer condiciones detalladas para la ejecución del planeamiento urbanístico, o bien para la aprobación, revisión o modificación de éste. 2. Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que: a) Contravengan lo establecido en esta Ley o en el planeamiento urbanístico, sin perjuicio de que puedan incluir entre sus objetivos la revisión o modificación de éste. b) Limiten el ejercicio de las competencias de las Administraciones públicas, o dispensen del cumplimiento de los deberes urbanísticos exigidos en esta Ley. c) Establezcan obligaciones o prestaciones adicionales o más gravosas que los deberes urbanísticos legales, sin el consentimiento de los propietarios afectados. d) Permitan la percepción de prestaciones en metálico o en especie antes de la aprobación definitiva del planeamiento correspondiente. 3. El procedimiento para la aprobación de los convenios será el establecido en el artículo 76.3. Reglamentariamente, se señalarán normas para su negociación, tramitación, celebración, cumplimiento y vigencia, guiadas por los principios de publicidad y transparencia, que incluirán las siguientes: a) (Derogado) b) Los convenios en los que establezcan condiciones para la aprobación, revisión o modificación de los instrumentos de planeamiento se incorporarán a los correspondientes expedientes desde el mismo inicio del procedimiento. c) Los convenios en los que se establezcan condiciones para el cumplimiento del deber legal de cesión del aprovechamiento correspondiente al Ayuntamiento se atenderán a lo dispuesto en esta Ley en cuanto a destino y transmisión de los patrimonios públicos de suelo, e incluirán: 1.º La valoración pertinente practicada por técnicos municipales competentes. 2.º La justificación, en su caso, de la imposibilidad de ceder parcelas edificables destinadas a la construcción de viviendas con protección pública. 4. Los convenios urbanísticos tendrán a todos los efectos naturaleza y carácter jurídico-administrativo, y las cuestiones relativas a su cumplimiento, interpretación, efectos y extinción serán competencia del Orden jurisdiccional contencioso-administrativo».*

quelle previste dalla legge, salvo, però, in questo caso, il consenso prestato dal privato; e, infine, permettano al soggetto pubblico di ricevere le prestazioni del singolo, siano esse la corresponsione di una somma di denaro o una diversa prestazione di fare, prima dell'approvazione definitiva della variazione urbanistica.

Particolare attenzione meritano, inoltre, le disposizioni sul contenuto e il procedimento, presenti nel *Reglamento de Urbanismo*.

L'art. 438 prevede infatti un'articolata motivazione che deve emergere dal testo dell'accordo. L'amministrazione è chiamata ad indicare le ragioni di interesse pubblico che giustificano la stipula della convenzione e la coerenza di quanto pattuito rispetto alla disciplina urbanistica. Dovranno inoltre essere rese note le obbligazioni diverse ed ulteriori, rispetto a quelle previste dalla legge, che il privato ha inteso assumere, nonché una stima del valore delle medesime, compiuta dai competenti uffici tecnici⁸⁵⁴.

Quanto al procedimento, l'art. 439, da leggersi in combinato disposto con gli artt. 250 e 251, prevede le seguenti fasi: negoziazione e redazione del contenuto iniziale del convenio; *información pública* e pubblicazione sul *Boletín Oficial de Castilla y León* per la durata di un mese; approvazione della versione definitiva alla luce delle osservazioni presentate; notificazione del nuovo testo al privato; termine di tre mesi per la sua accettazione, in mancanza della quale la nuova proposta resta priva di effetti; formalizzazione dell'accordo eventualmente raggiunto in un documento amministrativo; iscrizione nel *Registro de Urbanismo de Castilla y León* (art. 145) e nuova pubblicazione sul *Boletín Oficial de Castilla y León*.

La legislazione urbanistica catalana, la cui fonte è oggi rinvenibile nel *Decreto 1/2010 de 3 de agosto, Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña*⁸⁵⁵, non

⁸⁵⁴ Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, Decreto 22/2004. Artículo 438. Contenido. «1. Con las limitaciones señaladas en el artículo anterior, los convenios urbanísticos pueden tener el contenido que las partes libremente acuerden para alcanzar sus objetivos. No obstante, los convenios urbanísticos deben en todo caso: a) Contener una parte expositiva en la que se justifique su conveniencia para el interés general y su coherencia con los instrumentos de ordenación del territorio y con la ordenación general establecida en el instrumento de planeamiento general vigente. b) Especificar el régimen jurídico aplicable, diferenciando los deberes y obligaciones a que habrían estado sometidas las partes en ausencia de convenio por aplicación de dicho régimen jurídico, de aquellos otros que asuman voluntariamente en el convenio. 2. Los convenios urbanísticos que establezcan condiciones para el cumplimiento del deber legal de cesión del aprovechamiento correspondiente a la Administración actuante deberán: a) Justificar la imposibilidad de que el deber legal se cumpla mediante la cesión de parcelas edificables destinadas a la construcción de viviendas con protección pública. b) Respetar lo dispuesto en los artículos 368 a 382 bis en cuanto a destino y transmisión de los patrimonios públicos de suelo. c) Incluir una valoración del aprovechamiento correspondiente a la Administración actuante, practicada por técnicos competentes de dicha Administración, o en su defecto de la Diputación Provincial, así como de las obras o servicios sustitutorios, en su caso».

⁸⁵⁵ Sul sistema urbanistico catalano, cfr. J. MANUEL TRAYTER, *Derecho Urbanístico de Cataluña*, Atelier, 2012; AA.VV., *Estudios sobre l'urbanismo en Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004; C. ALONSO HIGUERA, *Los Convenios urbanísticos como motor de la modificación del planeamiento en Cataluña*, in *Práctica Urbanística*, n. 99, 2010, p. 57 e ss.; M. TÁBOAS BENTANACHS, *Una observación de los convenios urbanísticos desde el Derecho Urbanístico de Cataluña*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 14, 2007, p. 57 e ss.; M. FRANCH I SAGUER, J. GIFREI I FONT, *Los convenios urbanísticos en la legislación española*, op. cit., in particolare p. 84 e ss..

consta invece di una sezione specifica e tantomeno di un corpo di disposizioni dettagliate per la disciplina dell'istituto in analisi. Questa scelta del legislatore catalano è stata letta dai commentatori come una consapevole rinuncia a conformare il regime giuridico di uno strumento per sua natura flessibile⁸⁵⁶.

Tra le diverse norme, può comunque essere menzionato l'art. 8.3, che sancisce il principio di pubblicità di tutti gli strumenti urbanistici, inclusi i *convenios*: «*los procesos urbanísticos de planeamiento y de gestión, y el contenido de las figuras del planeamiento y de los instrumentos de gestión, incluidos los convenios, están sometidos al principio de publicidad*».

In secondo luogo, viene in considerazione l'art. 104, unica norma espressamente dedicata all'istituto, ove, però, si prevede soltanto l'obbligo di sottoporli a *información pública* e a consultazione anche in forma telematica, e si ripete la consueta norma di salvaguardia, secondo la quale «*en ningún caso condicionan las competencias públicas en materia de planeamiento urbanístico, las cuales no pueden ser objeto de transacción, y no pueden comportar para las personas propietarias obligaciones o cargas adicionales o más costosas que las establecidas por la legislación aplicable*».

Infine, la *Disposición transitoria duodécima* si limita a disporre che «*los convenios urbanísticos se rigen por la normativa aplicable en el momento de su aprobación*».

Nessuna disposizione specifica era invece prevista nell'originaria versione della *Ley 15/2001 de Suelo y Ordenación Territorial* della Comunidad autónoma de Extremadura⁸⁵⁷.

Unica norma, l'art. 114.1 si limitava infatti ad un generico rinvio alla disciplina sui *convenios administrativos*, contenuta nella *Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas*.

A partire dal 2010 anche questa Comunità dispone di una precisa disciplina. La *Ley 9/2010 de 18 de octubre* ha modificato l'art. 7, dedicato alla *Participación ciudadana*, introducendo un nuovo *apartado 2*⁸⁵⁸. La norma si presenta in termini assai restrittivi,

⁸⁵⁶ Cfr. M. PILAR OCHOA GÓMEZ, *Los convenios urbanísticos*, op. Cit., p. 509.

⁸⁵⁷ Cfr. J.E. SORIANO GARCÍA (coord.), *Nuevo Derecho urbanístico de Extremadura*, Atelier, Barcelona, 2003.

⁸⁵⁸ Ley 15/2001 de Suelo y Ordenación Territorial, Artículo 7, Participación ciudadana «2. Los particulares podrán suscribir convenios con las Administraciones competentes siempre que cumplan los siguientes requisitos: a) Los convenios tendrán carácter exclusivamente preparatorio y no vinculante de las decisiones a adoptar por las Administraciones competentes, cuando, por ser de planeamiento, versen sobre el contenido de una nueva ordenación territorial o urbanística a establecer, en su caso, por innovación de la vigente y previa la tramitación del procedimiento legalmente establecido al efecto. Cuando, por ser de ejecución, tengan cualquier otro objeto, los convenios podrán contener pactos o acuerdos exclusivamente referidos a la mera ejecución de las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística en vigor, sin que puedan suponer alteración, interpretación o condicionamiento de la aplicación de éstas. b) Los convenios no podrán condicionar, directa o indirectamente, el ejercicio pleno, por la Administración competente, de la potestad pública de ordenación territorial y urbanística, careciendo de cualquier eficacia hasta la aprobación definitiva de la correspondiente ordenación, en el caso de los convenios de planeamiento y hasta su aprobación por el órgano competente, en el caso de los convenios de ejecución. Deberán incorporar plazo máximo de vigencia, indicando los efectos derivados

come testimonia lo stesso *apartado* 4, che sanziona con la nullità del *convenio* qualsiasi violazione delle regole, sostanziali e procedurali, previste nella norma. E' questa una disposizione unica, non rinvenibile nelle altre legislazioni. Non si prevede, infatti, la forma più grave di invalidità soltanto nel caso di violazione del principio di indisponibilità dei poteri pubblici o del principio di proporzionalità nella definizione delle prestazioni nel sinallagma contrattuale, ma anche la stessa violazione delle norme procedurali: la partecipazione della collettività tramite *información pública*, l'approvazione del testo definitivo del *convenio* da parte dell'organo competente, il rispetto degli obblighi di pubblicità.

La *Ley 9/2002 Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural*, come modificata dalla *Ley 2/2010, de 25 de marzo*, della Comunità galiziana delinea una puntuale disciplina, che riproduce agli artt. 233-237 senza particolari differenziazioni il modello che va delineandosi nelle altre legislazioni: abilitazione generale alla conclusione dei *convenios de ejecución* e *de planeamiento*; riconoscimento della loro natura amministrativa; richiamo dei principi di trasparenza e pubblicità; casi di nullità; *iter* procedimentale secondo le fasi dell'adozione, pubblicazione, *información pública*, approvazione del testo definitivo, notifica e sottoscrizione (eventuale) entro i quindi giorni successivi.

La Comunidad de La Rioja nel 2006 ha proceduto ad una sostanziale modifica della disciplina originariamente prevista nella *Ley de 10/1998 de 2 de julio*, i cui artt. 148-150 riproducevano essenzialmente il primissimo modello delineato dalle *Comunidades* di Valencia, Navarra e Madrid. Tuttavia per le incongruenze cui la formulazione delle disposizioni aveva dato luogo, esse furono oggetto di una profonda revisione con la *Ley 5/2006 de Ordenación del Territorio y Urbanismo* (artt. 114-117).

de su vencimiento sin su total cumplimiento. En cualquier caso, de no aprobarse el correspondiente instrumento de planeamiento, no habrá lugar a indemnización entre las partes ni a responsabilidad patrimonial de la Administración. c) Los convenios no podrán contener estipulaciones que supongan o tengan como consecuencia ni la disminución de deberes o cargas legales de la propiedad del suelo o de los promotores de las actuaciones, o impliquen cualesquiera prestaciones a cargo de los propietarios del suelo o, en general, de terceros más gravosas de las legalmente previstas. A tal efecto incluirán una valoración económica de los compromisos que se deriven del mismo. 3. Los convenios a que se refiere el apartado anterior deberán: a) Someterse a información pública, por un periodo mínimo de veinte días, incluyendo su texto íntegro, salvo cuando formen parte de la documentación de cualquiera de los instrumentos de ordenación o de ejecución de ésta previstos en esta Ley, cuyo procedimiento incluya dicho trámite como preceptivo. b) Ser aprobados por el órgano competente en cada caso, tras el periodo de información pública y a la vista de las alegaciones, y, en los Municipios, por el Pleno del Ayuntamiento. c) Se publicarán en el correspondiente diario oficial, previo depósito e inscripción en el Registro de Convenios Urbanísticos dependiente de la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística. Se creará el mencionado Registro, regulándose reglamentariamente su régimen jurídico. 4. Serán nulos los convenios que contravengan cualesquiera de las reglas de los dos apartados anteriores».

Con particolare riferimento ai *convenios de planeamiento*, destano interesse le disposizioni dell'art. 115⁸⁵⁹ in tema di responsabilità per inadempimento dell'accordo, che riconoscono alle parti la facoltà di introdurre, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, delle *astreintes*.

4. I convenios urbanísticos de planeamiento nella Comunidad de Madrid, nella Comunidad Foral de Navarra, nella Comunidad Valenciana, nella Región de Murcia e nel País Vasco.

Tra le prime a prevedere una disciplina sui *convenios urbanísticos de planeamiento*, la Comunidad de Madrid è stata anche la prima e, al momento, l'unica a revocarne ogni possibilità in diritto⁸⁶⁰.

La *Ley de Medidas Urgentes de Modernización del Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid 3/2007 de 26 de julio*, ha introdotto un preciso divieto nell'art. 245 de la *Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo* «con lo que – si spiega nella *Exposición de motivos* – se fortalece la independencia de los ayuntamientos y se garantiza mejor la transparencia de todas las decisiones urbanísticas».

Il nuovo articolo, preceduto da un titolo sufficientemente chiaro, *Nulidad de los convenios urbanísticos de planeamiento*, sancisce ora che «son nulos de pleno derecho los convenios urbanísticos de planeamiento, así como cualquier convenio o acuerdo,

⁸⁵⁹ Ley 5/2006 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja. Artículo 115 Convenios de planeamiento «1. Los convenios de planeamiento son aquellos cuyo objeto consiste en promover la aprobación o la modificación del planeamiento urbanístico. Podrán también referirse a la ejecución del planeamiento en los términos previstos en el artículo siguiente. 2. Cuando el convenio tenga por objeto el desarrollo de suelo urbanizable no delimitado en el planeamiento general, deberán indicarse las obras que hayan de realizar a su costa los particulares para asegurar la conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación, así como las garantías para el cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes. 3. Cuando la realización de un convenio exija la modificación del planeamiento, la Administración competente estará obligada a tramitarla, pero conservando, en todo caso, en plenitud, el ejercicio de sus facultades de planeamiento por razones de interés público. Si, finalmente, no se aprobara definitivamente el cambio de planeamiento, el convenio se entenderá automáticamente resuelto, sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieran proceder. 4. El incumplimiento de las obligaciones asumidas dará lugar a las responsabilidades que se fijen en el convenio».

⁸⁶⁰ Nella *Exposición de motivos* dell'originaria Ley 9/1995 de 28 de marzo, de Medidas de Política Territorial, Suelo y Urbanismo, si affermava: «La ley legaliza la práctica de los convenios urbanísticos, definiendo para ellos un régimen garantizador de la transparencia, coordinador con el procedimiento de aprobación del planeamiento y preservador tanto de la ordenación urbanística imperativa, como de la definición del interés colectivo o general. Es de resaltar, en particular, la fijación de la regla de la publicidad de los convenios y del acceso de los ciudadanos a su contenido, hecho posible gracias a la creación del pertinente registro administrativo». L'art. 74, apartado 5 della legge, dopo aver riconosciuto la possibilità dei convenios urbanísticos de planeamiento precisava che «las estipulaciones previstas en la letra b) del número 3 anterior sólo tienen el efecto de vincular a las partes del convenio para la iniciativa y tramitación de los pertinentes procedimientos para la modificación del planeamiento sobre la base del acuerdo sobre la oportunidad, conveniencia y posibilidad de una nueva solución de ordenación. En ningún caso vincularán o condicionarán el ejercicio por la Administración pública, incluso la firmante del convenio, de la potestad de planeamiento». Cfr. AA.VV., *Manual de Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 2004.

cualquiera que sea su denominación, que tenga por objeto definir los criterios de ordenación del futuro planeamiento urbanístico, o lo condicione de alguna forma mediante estipulaciones que establezcan la obligación de hacer efectivos antes de la aprobación definitiva, los deberes legales de cesión y, en su caso, los convenidos entre las partes que establezcan obligaciones o prestaciones adicionales más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados».

Si tratta di una forte reazione del legislatore dinanzi agli abusi che si sono verificati nella pratica urbanistica madrilenà. Tuttavia, secondo alcuni, la formulazione della norma non impedirebbe in assoluto la celebrazione dei *convenios de planeamiento*, che infatti continuano ad essere previsti nel precedente art. 244.

La nuova previsione restringerebbe perciò solo la loro portata temporale, essendo ammissibili solo quelli che abbiano ad oggetto una modificazione di un piano urbanistico già in vigore, ed il loro campo di applicazione, essendo esclusi solo quelli che prevedano l'esecuzione delle prestazioni prima dell'approvazione definitiva e quelli che impongano obbligazioni più gravose rispetto a quelle normativamente esigibili. Non quindi la nullità dei *convenios* in sé considerati, ma solo quando questi contravvengano ai divieti ivi previsti⁸⁶¹.

Non di questo avviso appaiono però le prime pronunce del *Tribunal Superior de Justicia de Madrid*, che ha interpretato la nuova disposizione come un divieto categorico⁸⁶².

Insieme alla Comunidad de Madrid furono Navarra e Valencia a legittimare per prime la prassi dell'urbanistica consensuale. Nonostante i diversi interventi legislativi che dall'inizio degli anni Novanta si sono succeduti, queste ultime due Comunità hanno continuato a mantenere, pur modificandola, una disciplina in materia.

La nuova *Ley Foral 35/2002 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra* che sostituisce la precedente *Ley 10/1994*⁸⁶³, dedica ai *convenios* gli artt. 23-26.

L'art. 24, sui *convenios de planeamiento*, si distingue in particolare per una diversa formulazione della clausola di salvaguardia: «*El Ayuntamiento estará obligado a tramitar la aprobación o alteración del planeamiento a la que se haya comprometido, pero conservará la plenitud de su potestad de planeamiento por razones de interés público. Si, finalmente, no se aprobara definitivamente el cambio de planeamiento, el convenio se entenderá automáticamente resuelto*».

Pur sancendo la «*plenitud*» delle potestà pianificatorie del comune, la norma sembrerebbe riconoscere il carattere vincolante dell'accordo, dal quale

⁸⁶¹ J. CASTELAO RODRÍGUEZ, *Los convenios urbanísticos de planeamiento nulos en la Comunidad de Madrid y los que pueden no ser nulos*, in *Práctica Urbanística*, n. 118, 2012, p. 46 e ss.

⁸⁶² TSJ de Madrid de 25 de marzo de 2011; TSJ de Madrid de 11 de mayo de 2012.

⁸⁶³ La legge del 1994 disciplinava i *convenios de planeamiento* nell'art. 140, il cui testo venne ripreso integralmente dal legislatore madrilenò l'anno successivo.

l'amministrazione potrebbe discostarsi solo per sopravvenute esigenze di interesse pubblico⁸⁶⁴.

L'art. 26, invece, istituisce in ogni comune un archivio dei *convenios urbanísticos* al quale tutti indistintamente possono accedere⁸⁶⁵.

Valencia fu la prima Comunità a legiferare sui *convenios urbanísticos* con la *Ley 4/1992, de 5 de junio, de la Generalitat Valenciana, sobre suelo no urbanizable*.

La nuova *Ley 16/2005 Urbanística Valenciana* si contraddistingue, nella sua *disposición adicional cuarta*, anzitutto per essere la sola che compie un richiamo alla disciplina dei contratti amministrativi. Quanto all'efficacia e alla responsabilità per inadempimento essa presenta delle analogie con la legislazione di Navarra.

Per garantire la pienezza dei poteri pianificatori, la *disposición* ricorre all'istituto della condizione sospensiva dell'efficacia del *convenio*, che subordina la produzione degli effetti all'approvazione della modifica del piano urbanistico nel senso pattuito.

Ciò che, a ben vedere, non esclude che esso sia perfezionato e vincolante già al momento della sottoscrizione.

Questa considerazione sembrerebbe suffragata del resto dalla stessa previsione di una responsabilità dell'amministrazione, esclusa soltanto quando essa possa dimostrare che l'inadempimento non le sia imputabile ovvero sia giustificato da ragioni di interesse pubblico.

Nella norma sono invece presenti solo alcune indicazioni procedurali, mentre manca ogni riferimento ai principi di pubblicità e all'istituzione di un registro o archivio dei *convenios urbanísticos*⁸⁶⁶.

⁸⁶⁴ M.P. OCHOA GÓMEZ, *Los convenios urbanísticos*, op. cit., p. 539. Cfr. altresì, M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, *Urbanismo y iniciativa privada en la nueva Ley foral de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra*, in *Revista de derecho urbanístico y Medio Ambiente*, n. 209, 2004, p. 125 e ss..

⁸⁶⁵ Ley Foral 35/2002 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra. Artículo 26 Publicidad de los convenios. «1. En todos los municipios de Navarra existirá un registro y un archivo administrativo de convenios administrativos urbanísticos, en los que se anotarán éstos y se custodiará un ejemplar completo de su texto definitivo y, en su caso, de la documentación anexa al mismo. 2. El ejemplar custodiado en los archivos a que se refiere el número anterior dará fe, a todos los efectos legales, del contenido de los convenios. 3. Cualquier ciudadano tiene derecho a consultar los registros y los archivos a que se refiere este artículo, así como a obtener certificaciones y copias de las anotaciones y de los documentos en ellos practicadas y custodiadas».

⁸⁶⁶ Ley 16/2005 Urbanística Valenciana Disposición Adicional Cuarta. Convenios urbanísticos: «1. La suscripción de convenios urbanísticos por la Generalitat y las entidades locales de la Comunidad Valenciana, así como por las entidades de derecho público, sociedades y fundaciones dependientes o vinculadas a las mismas, estarán sujetas a los límites que, para la suscripción de convenios administrativos, se establecen en el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio. 2. La competencia de su aprobación por parte municipal corresponderá al Ayuntamiento Pleno, previa apertura de un período de información pública por plazo de veinte días sobre el proyecto de convenio. 3. Los convenios urbanísticos que, para la ejecución del planeamiento, celebren los Ayuntamientos con los particulares no podrán sustituir el procedimiento de aprobación y adjudicación de Programas regulado en esta Ley o prejuzgar el resultado del mismo, ni podrán alterar ninguna de las determinaciones del plan o instrumento de cuya ejecución se trate, ni perjudicar derechos o intereses de terceros. 4. Los convenios urbanísticos que se suscriban con motivo y en relación con la formulación y aprobación de los planes y

Concludono la rassegna l'art. 158⁸⁶⁷ del Decreto Legislativo 1/2005 *Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia* e la *disposicion adicional Séptima*⁸⁶⁸ della *Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo del País Vasco*.

de cualesquiera otros instrumentos de ordenación o gestión urbanística se sujetarán a las siguientes reglas: 1.ª Respetarán el régimen de facultades e iniciativas para promoverlos que se establecen en la legislación urbanística. 2.ª Contendrán una parte expositiva en la que se justificará la conveniencia de lo estipulado para el interés general y su coherencia con el modelo y estrategia territorial del Municipio, así como, en su caso, con la programación prevista en el planeamiento o instrumento urbanístico en tramitación. 3.ª Se someterán a información pública, junto con el correspondiente instrumento de planeamiento o gestión urbanística, si se suscribe antes de acordarse aquélla, o a un trámite autónomo de información pública, de veinte días de duración, cuando la del planeamiento ya se hubiera culminado. Los convenios que se suscriban para la implantación de actuaciones sujetas a Declaración de Singular Interés Comunitario se sujetarán al régimen previsto para ellas. 4.ª Serán nulas las estipulaciones y compromisos contrarios a normas imperativas legales y reglamentarias, así como a determinaciones de planeamiento de rango superior o de esta Ley y, en todo caso, las que supongan disminución de deberes y cargas definitorias del derecho de propiedad del suelo. 5.ª Lo convenido con particulares se entiende sin perjuicio del ejercicio con plenitud por parte de la administración de la potestad de planeamiento, y siempre estará sometido a la condición suspensiva de que el plan o instrumento correspondiente haga posible su cumplimiento. El incumplimiento de esta condición no dará lugar, en ningún caso, a responsabilidad de la administración que hubiere suscrito el convenio, salvo que el cambio de criterio que determinara la imposibilidad de cumplimiento le fuera imputable y no se justificara suficientemente en razones objetivas de interés público. Se exceptúa la aplicación de las reglas 1ª a 4ª anteriores cuando el Convenio Urbanístico se suscriba entre la administración de La Generalitat, las empresas públicas de ella dependientes y los Municipios, conjunta o separadamente, con otras Administraciones Públicas, organismos públicos, sociedades de capital íntegramente público, entidades o empresas en cuyo capital participen mayoritariamente cuando el objeto del Convenio sea el fomento de la construcción de Viviendas Sujetas a algún régimen de Protección pública y ese compromiso se establezca en el Convenio». Sull'ordinamento valenciano, cfr. AA.VV., *El planeamiento y la Gestión Urbanística en la Comunidad Valenciana*, C.E.D., 2004; E. AVILA CANO, *Los convenios urbanísticos en la legislación valenciana*, in *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 14, 2011, p. 1745 e ss.; ID., *Los convenios urbanísticos en la legislación valenciana. Límites, aprobación, efectos y registro*, in *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.19, 2011, p. 2272 e ss.

⁸⁶⁷ Decreto Legislativo 1/2005 *Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia*. Artículo 158 *Convenios urbanísticos*: «1. Las administraciones públicas y las entidades de Derecho público de ellas dependientes, así como los consorcios y sociedades urbanísticas, podrán suscribir convenios entre sí o con particulares, con la finalidad de establecer condiciones detalladas para la ejecución del planeamiento urbanístico, o bien para la formulación o modificación de éste. 2. Los convenios urbanísticos no podrán limitar el ejercicio de las competencias de la Administración pública, ni dispensar del cumplimiento de los deberes urbanísticos exigidos en esta Ley. Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan lo establecido en esta Ley o en el planeamiento, sin perjuicio de que puedan incluir, entre sus objetivos, la revisión o modificación de éste. 3. La negociación, tramitación y celebración de los convenios urbanísticos se atenderán a los principios de transparencia y publicidad, conforme a las siguientes normas: a) El Ayuntamiento publicará los convenios en el Boletín Oficial de la Región, en el plazo de un mes desde su celebración y los mantendrá en régimen de consulta pública. b) Los convenios en los que establezcan condiciones para la formulación o modificación de los instrumentos de planeamiento se incorporarán a los correspondientes expedientes desde el mismo inicio del procedimiento. c) Los convenios en los que se establezcan condiciones para el cumplimiento del deber legal de cesión del aprovechamiento correspondiente al Ayuntamiento, o de la participación de éste en los gastos de urbanización en el planeamiento de iniciativa particular, se atenderán a lo dispuesto en esta Ley en cuanto al destino y transmisión de los patrimonios públicos de suelo, e incluirán la valoración pertinente. 4. Los convenios urbanísticos tendrán, a todos los efectos, naturaleza y carácter jurídico-administrativo».

⁸⁶⁸ Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo del País Vasco *Disposicion adicional Séptima Convenios urbanísticos*. *Convenios urbanísticos*. «1. La Administración de la Comunidad Autónoma y las entidades

La peculiarità della disciplina basca, in particolare, sarebbe rinvenibile nella fase di formazione dell'accordo, che procede dal mero incontro della proposta e dell'accettazione delle parti contraenti. Non si ripropone cioè l'*iter* dell'adozione di un testo iniziale e dell'approvazione di uno definitivo, con conseguente minore peso riconosciuto alla fase partecipativa dell'*información pública*⁸⁶⁹.

Per il resto i due corpi normativi non paiono introdurre significative differenziazioni rispetto ai consueti aspetti di disciplina.

locales podrán suscribir, conjunta o separadamente, convenios con personas públicas o privadas, tengan éstas o no la condición de propietarios de los terrenos correspondientes, para su colaboración en el mejor y más eficaz desarrollo de la actividad urbanística. 2.- La negociación, la celebración y el cumplimiento de los convenios urbanísticos a que se refiere el número anterior se rigen por los principios de legalidad, transparencia y publicidad. 3.- Los convenios urbanísticos podrán ser, en función de su objeto: a) Convenios sobre ordenación urbanística: para la determinación del contenido de posibles modificaciones del planeamiento en vigor. b) Convenios de ejecución urbanística: para establecer los términos y las condiciones de la gestión y la ejecución del planeamiento en vigor en el momento de la celebración del convenio. 4.- Serán nulas de pleno derecho las estipulaciones de los convenios urbanísticos que contravengan, infrinjan o defrauden objetivamente en cualquier forma normas imperativas legales o reglamentarias, incluidas las del planeamiento territorial o urbanístico. 5.- En caso de convenios de ordenación urbanística, el ayuntamiento conservará en todo caso la plenitud de su potestad de planeamiento por razones de interés público. Si finalmente no se aprobara definitivamente el cambio de planeamiento, el convenio se entenderá automáticamente resuelto. 6.- Los convenios urbanísticos tendrán a todos los efectos carácter jurídico-administrativo. Se presumirá la plena existencia de acuerdo por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el convenio, sin perjuicio del cumplimiento del resto de condiciones formales. 7.- En los convenios en los que se acuerde el cumplimiento del deber legal de cesión a favor de la comunidad de la edificabilidad urbanística correspondiente mediante el pago de cantidad sustitutoria en metálico, siempre de manera excepcional y en los términos previstos en esta ley, o en el supuesto de convenios en que se acuerde cualquier transmisión o permuta de bienes, se deberá incluir valoración pericial, emitida o refrendada por los servicios técnicos municipales. 8.- La aprobación de los convenios urbanísticos corresponde al ayuntamiento, previa apertura de un periodo de información pública por plazo mínimo de veinte días en el que se expondrá su contenido íntegro en el boletín oficial del territorio histórico y en el que se podrán presentar alegaciones. 9.- En todos los municipios de la Comunidad Autónoma existirá un registro y un archivo administrativo de convenios urbanísticos, donde se anotarán y se custodiará un ejemplar completo de su texto definitivo y, en su caso, de la documentación anexa al mismo. Sólo el certificado emitido por el responsable municipal del registro dará fe, a todos los efectos legales, del contenido de los convenios, y será susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad, en su caso. 10.- Cualquier persona tiene derecho a consultar los registros y archivos a que se refiere este artículo, así como a obtener certificaciones y copias de las anotaciones y de los documentos en ellos practicados y custodiados».

⁸⁶⁹ A. LETURIONDO ARANZAMENDI, *Los Convenios urbanísticos en la Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo del País Vasco. Apuntes para su fiscalización*, in Auditoría Pública, 42, 2007, p.83 e ss.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE ALLA PARTE TERZA

L'interesse ad uno studio comparato dell'ordinamento giuridico spagnolo risulta soddisfatto nelle pagine che precedono per una pluralità di ragioni.

La circolazione dei formanti giuridici tra le diverse famiglie del diritto amministrativo, i cui capostipite sono, nella materia che qui si studia, la Francia e la Germania, dà i suoi frutti proprio nella particolare conformazione che il principio di consensualità ha assunto in Spagna.

L'emblematico innesto tra radici giuridiche differenti, cui si è dato vita, conduce, infatti, l'ordinamento iberico non solo a recepire istituti propri ora dell'una – il *contrato administrativo* – ora dell'altra tradizione – l'*acuerdo administrativo consensual* – ma soprattutto a svilupparli con originalità e secondo il proprio sentire giuridico.

L'innovatività che caratterizza il modello qui preso in esame si percepisce soprattutto nel campo dell'urbanistica.

La vicinanza rispetto al nostro sistema del resto è forte.

Essa si ritrova anzitutto nell'impianto legislativo che regge gli assetti del governo del territorio, e quindi nelle analoghe ragioni che conducono al ricorso a strumenti consensuali, ai *convenios urbanísticos* lì, alle convenzioni urbanistiche qui.

Non solo. A differenza della Francia, a differenza dell'Italia, a differenza della stessa Germania, la Spagna conosce da tempo quelle tanto particolari quanto problematiche forme di accordi che noi definiamo “a monte” delle prescrizioni urbanistiche.

Se è pur vero che esse costituiscono una forma tanto affascinante quanto pericolosa, non a caso costituendo, come dimostra proprio l'esperienza spagnola, uno dei fattori di maggiore corruzione delle amministrazioni, è nella nostra opinione che non per questo si debba rinunciare a trattarli, e, soprattutto, a normarli.

Perciò la prassi, le soluzioni offerte dalla giurisprudenza spagnola, la differenziata disciplina autonoma potrebbero costituire un punto di irrinunciabile arricchimento per l'ordinamento giuridico italiano, ove gli accordi “a monte” conoscono ancora una scarsa disciplina ed una rara trattazione giurisprudenziale. Non possono perciò non essere colti gli aspetti più innovativi che l'esperienza spagnola ci consegna: l'idea di un procedimento amministrativo *ad hoc* per la conclusione di simili accordi, precisi obblighi di pubblicità e di motivazione, la partecipazione dei cittadini in funzione di controllo democratico, tramite l'*información pública* e, soprattutto, l'*acción pública*, forme di accesso generalizzate ed *uti cives*, un regime speciale di invalidità, anche a tutela dei principi di proporzionalità e legalità.

La varietà degli strumenti dispiegati in Spagna perciò non potrà che essere presa a riferimento nel successivo e definitivo sviluppo del nostro lavoro.

PARTE QUARTA

ESITI DELLA COMPARAZIONE E ANALISI RICOSTRUTTIVE

CAPITOLO UNICO

GLI ACCORDI “A MONTE” DELLE PRESCRIZIONI URBANISTICHE. UN POSSIBILE MODELLO. ATTO, RAPPORTO E PROCEDIMENTO.

SOMMARIO: 1. Premessa. Esiti della comparazione e proposizione della categoria degli accordi normativi per gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche. - 2. Gli accordi normativi nel disegno di legge della Commissione Nigro. - 2.1. Gli accordi normativi nel diritto comparato e nel diritto comunitario. - 3. Gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche come accordi normativi. L’atto. - 4. Gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche come accordi normativi. Il rapporto. - 5. Gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche come accordi normativi. Il procedimento.

1. Premessa. Esiti della comparazione e proposizione della categoria degli accordi normativi per gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche.

La comparazione sin qui compiuta dimostra come il principio di consensualità nell’azione amministrativa ricorra in un apprezzabile numero di Paesi, benché esso si atteggi diversamente in ciascuno di essi.

Tuttavia, quale che sia il maggiore o minore grado di diffidenza, serbato dai singoli ordinamenti giuridici, rispetto a forme di collaborazione pubblico-privato, che giungano ad incidere e conformare la stessa manifestazione del potere pubblico, il fenomeno complessivamente considerato rispecchia una generale e comune tendenza.

Gli accordi amministrativi italiani, gli *öffentlich-rechtlichen Vertrages* tedeschi, gli *actes administratifs négociés* francesi, gli *acuerdos administrativos consensuales* spagnoli e tutte le altre fattispecie già viste contribuiscono, al pari dei contratti propriamente intesi, alla riduzione degli spazi di azione autoritativa, a vantaggio di un maggiore intervento del privato e di un suo coinvolgimento crescente nell’assunzione di decisioni, volte alla cura dell’interesse pubblico e alla soddisfazione dei bisogni e delle esigenze della collettività.

Negli Stati presi maggiormente in considerazione, fasi, tappe e momenti della consensualità amministrativa coincidono: l’avvento dello Stato sociale, prima, la sua crisi, poi, hanno imposto alle amministrazioni di fare appello al privato, chiamato per tale via a partecipare direttamente ai processi decisionali e ad assumere responsabilità pubbliche in prima persona.

Il caso spagnolo dimostra nella sua evoluzione storica, specialmente nell’ambito dell’urbanistica, come sia soprattutto la scarsità di risorse pubbliche ad indurre le amministrazioni a coinvolgere il privato anche nei momenti più intimi della decisione

pubblica, e, d'altronde, come sia proprio dalla contrattazione che sorgano i maggiori rischi di *maladministration*.

Non solo la Francia, del resto, avverte l'insita pericolosità di scambi di consensi, basati su rapporti ineguali, che riverberano i loro effetti nei confronti dei terzi.

L'approccio serbato agli accordi amministrativi da questi due ordinamenti è quindi differente. L'uno ha inteso fornire una precisa disciplina, sia generale che speciale, l'altro, nonostante timide aperture, rifiuta l'idea di un intervento legislativo volto a normare il fenomeno.

Come già detto, l'inesistenza di una base legale del principio di consensualità non vale anche a negare l'esistenza di negoziazioni tra pubblica amministrazione e privati.

Tra le due soluzioni, pertanto, è preferibile quella che valorizzi il principio di legalità.

Ciò vale, del resto, proprio per quelle forme di accordo nell'urbanistica che si sviluppano nel farsi stesso della disciplina del territorio, e che, per usare una formula riassuntiva per i tre ordinamenti, si basano su uno scambio tra esercizio dello *ius variandi* e prestazioni patrimoniali del privato. Diffusi sia in Italia, che in Francia che in Spagna, proprio in quest'ultimo Stato essi toccano il livello più alto di positivizzazione.

E' dunque sugli accordi di pianificazione che si tenterà di formulare alcune considerazioni finali a completamento di questo lavoro ed a valorizzazione conclusiva dello studio delle esperienze straniere.

La necessità di inquadrare questi accordi, che, differenziandosi rispetto a tutti gli altri casi applicativi, si pongono al livello più alto del principio di consensualità, ci spinge a riflettere, da ultimo, sulla categoria dei c.d. accordi normativi, elaborata dalla Commissione Nigro, e il cui schema potrebbe forse meglio spiegare le ipotesi di codeterminazione pubblico-privata dei contenuti dei piani urbanistici e territoriali.

2. Gli accordi normativi nel disegno di legge della Commissione Nigro.

L'originario schema di disegno di legge contenente *Disposizioni dirette a migliorare i rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa*, declinava il «principio di contrattualità» nell'azione amministrativa⁸⁷⁰ in quattro tipologie specifiche di accordi: gli accordi procedurali, gli accordi sostitutivi del provvedimento; gli accordi normativi e gli accordi organizzativi tra pubbliche amministrazioni (artt. 6-7, Tit. IV).

In particolare, l'art. 6 disponeva: «Le amministrazioni pubbliche, nei limiti delle proprie attribuzioni, possono concludere accordi nell'ambito del procedimento con i

⁸⁷⁰ L'art 5 del Titolo I dello schema di disegno di legge così recitava: «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 pregiudizi dei diritti dei terzi».

destinatari del provvedimento per sostituire quest'ultimo o per disciplinarne il contenuto.

Fuori delle ipotesi di cui al comma precedente, possono anche essere conclusi accordi aventi per oggetto l'esercizio di potestà amministrative e le corrispettive prestazioni di persone fisiche e giuridiche al fine di raggiungere obiettivi di interesse pubblico.

Accordi di natura organizzativa possono anche essere conclusi tra amministrazioni pubbliche per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, anche fuori delle ipotesi previste dall'art. 1 del Titolo IV della presente legge. Ai sensi del 1° comma, le amministrazioni pubbliche possono consentire, a richiesta del destinatario di una sanzione pecuniaria, prestazioni sostitutive di questa, di cui le amministrazioni riconoscano la corrispondenza al pubblico interesse».

L'accordo diveniva, nelle intenzioni della Commissione, uno strumento ordinario dell'azione amministrativa. Venivano, infatti, declinate in forma consensuale tutte le possibili manifestazioni del potere pubblico: il potere provvedimentale, il potere *lato sensu* normativo, il potere organizzativo e, infine, il potere sanzionatorio.

Risulta rilevante ai fini del nostro discorso, un'analisi dei c.d. accordi normativi, che, come già messo in evidenza, vennero espunti dal Consiglio dei Ministri dal testo definitivo del d.d.l. 1913/87, con grande rimostranza dei membri della Commissione⁸⁷¹.

Sulla base delle interpretazioni e delle giustificazioni che di questa fattispecie sono state offerte è possibile qualificare gli accordi normativi come accordi pubblico-privato di natura programmatica ed organizzativa sull'esercizio del potere pubblico, finalizzato all'emanazione di atti normativi o a contenuto generale⁸⁷².

⁸⁷¹ Per le modifiche apportate all'originario schema di legge dal Consiglio dei Ministri e la critica che ne seguì, si rinvia al Cap. I, Parte I del presente lavoro.

⁸⁷² Sulla distinzione, ovvero sull'irrelevanza della distinzione tra atti normativi e atti amministrativi generali, la dottrina è vasta, nondimeno possono essere citati alcuni contributi fondamentali. Cfr. A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali ed ordinanze generali*, in *Foro It.*, 1951, IV, p. 97 e ss.; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro It.*, 1953, III, 9; G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro It.*, 1953, I, 535 e s.; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro It.*, 1953, 217 e ss.; ID., *Precisazioni in tema di atti normativi ed atti applicativi della Pubblica Amministrazione*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972, III, 1515 e ss.; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 143 e ss.; G. U. RESCIGNO, *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sent. n.591 del 1988 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 2749 e ss.; ID. *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Gir. Cost.*, 1988, p. 1494 e ss.; U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione – profili comparatistici*, Il Mulino, Bologna, p. 281 e ss.; ID. *Norme secondarie e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1992; G. SCIULLO, *Potere regolamentare, potere «pararegolamentare» e pubblica amministrazione: gli orientamenti del giudice amministrativo dopo la L. 400/1988*, in *Le Regioni*, 1993, p. 1277 e ss.; C. TUBERTINI, *Gli atti di determinazione di aliquote d'imposta e di discusso limite tra atti normativi ed atti amministrativi generali*, in *Giur. It.*, 1998, p. 1275 e ss.; ID. *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1999, p. 1076 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2001, p. 183 e ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto*

Diversamente dagli accordi integrativi o sostitutivi, volti a definire il contenuto di un provvedimento amministrativo, gli accordi normativi costituirebbero pertanto una forma negoziata avente ad oggetto «una serie di enunciati normativi, sui quali deve decidere motivatamente l'autorità competente ad emettere la fonte di diritto, valida nell'ordinamento statale»⁸⁷³. Non si tratterebbe, dunque, tanto «di vincolare preventivamente l'esercizio di potestà amministrative mediante accordi..., quanto...dell'esercizio stesso della funzione amministrativa che si realizza nella sua fase progettuale con l'accordo» stesso⁸⁷⁴. Essi pertanto si configurano come «un atto contenente una disciplina generale che sarebbe poi...eseguita anche attraverso provvedimenti»⁸⁷⁵.

Sotto un certo punto di vista, l'accordo normativo perciò potrebbe anche essere equiparato al c.d. contratto normativo, o accordo normativo di diritto privato, con cui le parti determinano l'obbligo di inserire e osservare determinate clausole nella stipulazione di futuri contratti. Il suo carattere fondamentale sarebbe, infatti, quello di fornire uno «schema di disciplina», una «predisposizione» e una «preparazione anticipata» di un futuro contratto, sì che le future parti «si trovino già in possesso dello schema normativo (o di singole clausole) e non abbiano se non da impiegarlo nel loro caso: cioè, riempirlo con i dati concreti (soggetti, scadenza, durata e simili), dei quali, in quanto schema astratto, esso manca»⁸⁷⁶.

amministrativo fonte del diritto obiettivo, Jovene, Napoli, 2003; M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, 3, 2009, p. 707 e ss..

⁸⁷³ A. QUARANTA, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 Settembre 1986, Giuffrè, Milano, 1989, p. 194.

⁸⁷⁴ G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, op. cit. p. 88. Dello stesso A. si veda anche G. PASTORI, *Accordo e organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, Quaderni Regionali, Formez, Roma, 1988, p. 44. Secondo Pastori, nulla vieterebbe che l'autonomia organizzativa, «l'autonomia statutaria» dell'amministrazione, ossia la capacità del soggetto pubblico di organizzare la propria attività per il raggiungimento di determinati scopi, possa avvenire mediante «atti normativi sia unilaterali che bilaterali». Si fa qui riferimento, con ogni evidenza, non all'organizzazione dell'attività amministrativa interna, degli uffici, ma a quella esterna, degli organi, che produce effetti anche nei confronti dei terzi. In tal modo, l'accordo si pone a metà via tra l'autonomia e l'eteronomia, rappresentando una manifestazione di autonomia nella misura in cui costituisce una volontaria limitazione da parte dell'amministrazione dei poteri di organizzazione, di cui essa dispone; e atteggiandosi, per il resto, a fonte eteronoma di disciplina. L'accordo normativo, in quanto accordo sull'organizzazione dell'attività amministrativa, resterebbe perciò anche soggetto ai principi di imparzialità e buon andamento, nonché al principio di legalità, cui l'art. 97 Cost. sottopone l'organizzazione dei «pubblici uffici».

⁸⁷⁵ A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, op. cit., p. 76.

⁸⁷⁶ Cfr. F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. dir.*, X, 1962, Giuffrè, Milano, p. 116 e ss.

Secondo la dottrina civilistica più accreditata, del resto, il contratto normativo non sarebbe riconducibile all'art. 1321 c.c., rappresentando «qualcosa di diverso, che si pone accanto e, in certa maniera, in antitesi al contratto»⁸⁷⁷.

L'inosservanza del contratto normativo non darebbe perciò luogo all'applicabilità dell'art. 2932 c.c., poiché, mediante quell'inosservanza, «non si viene meno a un obbligo a contrarre, bensì all'obbligo a contrarre in un certo modo»⁸⁷⁸.

E' invece nella produzione degli effetti, che l'accordo normativo di diritto privato e quello di diritto pubblico divergono.

Se infatti nel diritto privato dall'accordo discende un obbligo per le parti, sia pure non coercibile, ma il cui inadempimento dà luogo a risarcimento del danno⁸⁷⁹, nel diritto pubblico, l'amministrazione rimarrebbe sempre libera di stabilire le modalità attraverso cui esercitare il proprio potere normativo, salvo l'obbligo di motivazione, nel caso in cui non intenda più accedere all'accordo.

Inoltre, l'accordo normativo nel diritto pubblico assumerebbe cogenza solo con l'emanazione della fonte di diritto, in vista della quale esso fu stipulato tra le parti, ed acquista efficacia proprio se ed in quanto esso viene recepito nell'atto normativo, l'unico in grado di produrre effetti *erga omnes*.

Per una migliore comprensione della fattispecie di cui discorriamo, può forse valere riportare il caso tipico nel quale si era soliti ravvisare un'ipotesi di accordo normativo, durante il dibattito che porterà alla Legge sul procedimento amministrativo.

Si fa qui riferimento agli accordi sindacali, previsti dalla Legge-quadro sul pubblico impiego del 29 marzo 1983, n.193⁸⁸⁰.

Gli accordi che, nella vigenza di quest'ultima legge, venivano conclusi tra la delegazione del Governo e le organizzazioni sindacali, erano intesi come un atto consensuale inserito in un complesso procedimento normativo, e finalizzato alla predisposizione della disciplina applicabile ai rapporti di pubblico impiego.

Gli accordi perciò racchiudevano formalmente la fase della contrattazione sindacale, innestata nella sequenza procedimentale prevista dalla l. n. 193/1983. Tuttavia essi risultavano sforniti dell'autonoma capacità di produrre effetti innovativi per l'ordinamento. Perché infatti ciò potesse avvenire occorre che le norme convenzionalmente definite con l'accordo fossero *recepte* ed *emanate* da apposito decreto del Presidente della Repubblica (art. 6 u.c.)⁸⁸¹.

⁸⁷⁷ *Ivi*, p. 123.

⁸⁷⁸ *Ibidem*.

⁸⁷⁹ Proprio per il carattere vincolante del contratto normativo di diritto privato, ritiene che gli accordi normativi di diritto pubblico siano irriducibili a quest'ultimo A. QUARANTA, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione*, op. cit., p. 194.

⁸⁸⁰ Analogamente nel campo del diritto privato, rivestono, non a caso, natura di accordi normativi i contratti collettivi di lavoro. Cfr. F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, op. cit., p. 123.

⁸⁸¹ Può essere utile riportare per intero il testo dell'art. 6 della l. n. 193/1983: «Accordi Sindacali per i dipendenti delle Amministrazioni dello Stato anche ad ordinamento autonomo. Per gli accordi riguardanti i dipendenti delle Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, la delegazione è composta dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Ministro per la Funzione Pubblica da lui delegato, che la presiede, dal Ministro del Tesoro, dal Ministro del Bilancio e della programmazione

Invero, sul rapporto tra accordo sindacale e decreto presidenziale vennero prospettate diverse tesi in dottrina⁸⁸².

Secondo una prima impostazione, l'accordo collettivo sarebbe di per sé vincolante e non modificabile, mentre il decreto presidenziale veniva a svolgere un ruolo meramente formale e passivo rispetto all'accordo stesso⁸⁸³.

Secondo un diverso orientamento, invece, l'accordo sindacale non poteva ipotecare il potere normativo del Governo.

Esso costituiva sì il mezzo necessario per introdurre nel procedimento gli interessi coinvolti dalla disciplina pubblicistica del rapporto di lavoro, ma, al tempo stesso, stante l'autonomia del potere pubblico, quello non poteva che avere natura esclusivamente preparatoria ed essere del tutto sfornito di effetti vincolanti rispetto alla successiva determinazione regolamentare⁸⁸⁴.

Alla base di tali argomentazioni vi era, con ogni evidenza, la difficoltà oggettiva e comprensibile di spiegare la possibile esistenza di un regolamento negoziato.

economica e dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale. La delegazione è integrata dai Ministri competenti in relazione alle amministrazioni comprese nei comparti. I Ministri, anche in ordine alle disposizioni degli articoli seguenti, possono delegare sottosegretari in base alle norme vigenti. La delegazione sindacale è composta dai rappresentanti delle Organizzazioni nazionali di categoria maggiormente rappresentative per ogni singolo comparto e delle Confederazioni maggiormente rappresentative si base nazionale. Le delegazioni, che iniziano le trattative almeno otto mesi pria della scadenza dei precedenti accordi, debbono formulare una ipotesi di accordi entro quattro mesi dall'inizio delle trattative. Nel corso delle trattative la delegazione governativa riferisce al Consiglio dei Ministri. Le organizzazioni sindacali dissenzienti dall'ipotesi di accordo o che dichiarino di non partecipare alle trattative possono trasmettere al Presidente del Consiglio dei Ministri e ai Ministri che compongono la delegazione le loro osservazioni. Il Consiglio dei Ministri, entro il termine di trenta giorni dalla formulazione dell'ipotesi di accordo, verificate le compatibilità finanziarie come determinate dal successivo art. 15, esaminate anche le osservazioni di cui al comma precedente, ne autorizza la sottoscrizione; in caso di determinazione negativa, le parti devono formulare entro il termine di sessanta giorni una nuova ipotesi di accordo, sulla quale delibera nuovamente il consiglio dei ministri. Entro il termine di sessanta giorni dalla sottoscrizione dell'accordo, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sono recepite ed emanate le norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo». Analoga procedura veniva dettata dal successivo art. 10, per i dipendenti delle Regioni e degli Enti pubblici non economici da essa dipendenti. In tal caso «la disciplina contenuta nell'accordo è approvata con provvedimento regionale in conformità ai singoli ordinamenti». Quanto agli Enti locali, l'art. 6 del d.l. 946/1977, n. conv. in L. 43/1978 rimetteva ugualmente l'approvazione dell'accordo sindacale nazionale, siglato con una delegazione di rappresentanti del Governo, dell'UPI e dell'ANCI, ad un d.p.r., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri.

⁸⁸² Cfr. per questi aspetti, A. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego. Pluralismo giuridico, separazione degli ordinamenti e forme di comunicazione*, Giuffré, Milano, 1982, in particolare, p. 192 e ss.

⁸⁸³ Si collocano su questo fronte, G. BERTI, *Impiego pubblico, contrattazione e tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva*, Atti del XXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Giuffré, Milano, 1980, p. 268 e ss.; L. RAINALDI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, p. 1419 e ss.

⁸⁸⁴ Si veda, F. MERUSI, *Vicende e problemi della contrattazione collettiva nell'impiego ospedaliero*, in AA.VV., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva*, Atti del XXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, p. 42 e ss.; A. ROMANO, *Pubblico impiego e contrattazione collettiva: aspetti pubblicistici*, *ivi*, p. 189 e ss. Non mancarono del resto tesi intermedie, che ravvisavano nella fattispecie un'ipotesi di atto complesso. Cfr. F. BRANDILEONE, *Fonti normative del parastato*, in *Cons. St.*, 1977, p. 585 e ss.; F.P. ROSSI, *La contrattazione collettiva nel parastato*, Cedam, Padova, 1978.

Il decreto non poteva assurgere a mera veste formale dell'accordo, mero guscio delle contrattazioni con le organizzazioni sindacali. Era quest'ultimo, invece, a chiudere il procedimento e ad assicurare valore normativo alla nuova disciplina, rendendola efficace *erga omnes*.

Degli accordi sindacali, in definitiva, poteva perciò dirsi che essi erano accordi preparatori e non vincolanti; che erano accordi procedurali, in quanto si atteggiavano a strumento di composizione negoziata *nel* procedimento di un peculiare assetto di interessi; e, infine, che erano accordi normativi, poiché pur non avendo «autonoma capacità di innovare l'ordinamento...concorrono in via mediata e procedimentale, alla produzione di nuove fonti normative, statali o regionali»⁸⁸⁵.

2.1. *Gli accordi normativi nel diritto comparato e nel diritto comunitario.*

Ma è possibile rinvenire la figura degli accordi normativi anche nel più ampio panorama del diritto comparato e del diritto comunitario.

Così, anzitutto, non sono sconosciuti all'ordinamento spagnolo due distinte tipologie di *convenio normativo*: *los acuerdos de naturaleza normativa* e *los acuerdos sustitutivos de actos administrativos generales*.

Si tratta, anche in Spagna, di una *vía convencional de producción de normas*, che, come in Italia, ha avuto principale applicazione nell'ambito della contrattazione collettiva nel pubblico impiego.

Innestati in un procedimento negoziale volto alla determinazione delle condizioni di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, gli accordi sono conclusi, a seconda dei casi, tra le organizzazioni sindacali ed una delegazione di rappresentanti dell'amministrazione dello Stato, delle Comunità autonome o degli enti locali.

Previsti dall'art. 35 de la *Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de Representación, Determinación de las condiciones de Trabajo y de Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, tuttora in vigore⁸⁸⁶, questi accordi normativi sono stati definiti come «*acuerdos previos que se insertan en el procedimineto,...de*

⁸⁸⁵ A. QUARANTA, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione*, op. cit., p. 224. Fornisce una visione più propriamente contrattuale, invece, G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, p.77 e ss.

⁸⁸⁶ Art. 35 «*Los representantes de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales y de las Organizaciones Sindicales y Sindicatos a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de la presente Ley, podrán llegar a acuerdos y pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.*

Los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y vincularán directamente a las partes.

Los Acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas o pleno de las Entidades Locales. Para su validez y eficacia será necesaria la aprobación expresa y formal de estos órganos en su ámbito respectivo.

Los pactos y acuerdos deberán establecerse comisiones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos».

elaboración de normas,...que crean una situación objetivada, a la que habrán de atenerse las partes, bien al relacionarse entre si, bien al relacionarse con terceros»⁸⁸⁷.

L'effetto vincolante dell'accordo discende, anche in questo caso, dalla «*homologación ulterior de lo acordado, a través de la correspondiente autoridad administrativa*»⁸⁸⁸, secondo quanto espressamente disposto dal comma 3 della norma in questione.

La delegazione per parte pubblica non dispone infatti di un potere in grado di vincolare direttamente l'organo rappresentato (rispettivamente, il *Consejo de Ministros*, i *Consejos de Gobierno* delle *Comunidades Autónomas* o il relativo organo collegiale negli enti locali), pertanto è quest'ultimo a renderlo vincolante ed efficace con proprio atto, qualificato alternativamente in dottrina in termini di atto di approvazione, di omologazione, oppure di ratifica dell'accordo⁸⁸⁹.

Lo stesso *Tribunal Supremo*, infine, ha riconosciuto alle disposizioni contenute negli accordi sindacali la valenza di norme regolamentari, una volta recepiti nell'atto-fonte⁸⁹⁰.

Più di recente, è dato riscontrare l'esistenza di *convenios normativos* anche in altri settori dell'ordinamento spagnolo, come il diritto tributario, ove sono stati definiti normativi gli accordi di cui all'art. 91 de la *Ley General Tributaria*, 58/2003 de 17 de diciembre, conclusi tra l'amministrazione tributaria e le associazioni rappresentative dei contribuenti, per la determinazione e valorizzazione di elementi sulla base dei quali calcolare la base imponibile.

Non per ultimo, anche nell'ambito dell'urbanistica si è parlato di *convenios normativos* a proposito degli stessi *convenios urbanísticos de planeamiento*⁸⁹¹.

Non è perciò un caso che nell'ordinamento spagnolo non siano mancate le proposte di modifica dello stesso art. 88 della *Ley 30/1992 de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, in materia di *acuerdos administrativos*, volte ad inserire una specifica previsione atta a riconoscere l'esistenza di «*pactos o convenios específicos, previos y no vinculantes...en los procedimientos instruidos para el dictado de disposiciones administrativas de carácter general*»⁸⁹².

Quanto alla Francia, altro ordinamento oggetto specifico del nostro studio, gli accordi normativi sono stati al centro di un vivo dibattito, del quale si è già cercato di fornire i tratti essenziali nella Parte II del presente lavoro.

⁸⁸⁷ L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho administrativo*, t. II, 5° ed., Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p. 1072-1073.

⁸⁸⁸ *Ivi*.

⁸⁸⁹ Cfr. A. DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 376 e ss..

⁸⁹⁰ TS de 17 de mayo de 1991. Sugli accordi sindacali nel pubblico impiego in Spagna, cfr. C. CARRERA ORTIZ, *Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España*, in REDT, 38, 1989, p. 268 e ss..

⁸⁹¹ A. DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 383.

⁸⁹² *Ivi*, p. 384.

Il riferimento va, in particolare, a quelle elaborazioni che hanno tentato di ravvisare forme consensuali unitarie a metà tra il *contrat* e il *réglement*, e sintetizzabili, da ultimo, nella figura della *convention à effets réglementaires* di A. de Laubadère, F. Moderne e P. Devolvé e in quella dell'*acte mixte* di Y. Madiot.

L'idea alla base di queste ultime ricostruzioni, la cui origine teorica si rinviene nella classificazione materialista degli atti giuridici compiuta da L. Duguit e, in particolare, nel modello della *convention-loi*, era che *effets réglementaires* potessero essere prodotti non soltanto da un atto amministrativo unilaterale, ma anche da un atto bilaterale o plurilaterale, frutto dell'incontro di due o più manifestazioni di volontà, provenienti da un soggetto pubblico e da un soggetto privato.

Allo schema così delineato vennero ascritti gli accordi tra i *syndicats de medecins* e le *Caisses de sécurité sociale*, gli accordi conclusi tra lo Stato e gli *établissements d'enseignement privé*, le stesse convenzioni di lottizzazione e le concessioni di servizio pubblico.

Benché si sia già messo in evidenza come simili teorie non abbiano mai riscosso ampio successo nell'ordinamento francese, nondimeno lo schema della *convention à effets réglementaires* rimane il più accreditato, oggigiorno, proprio per la *concession de service public* (oggi, *convention de délégation de service public*)⁸⁹³, nella quale anche la stessa giurisprudenza del *Conseil d'Etat* non fatica tuttora a ravvisare e riconoscere la compresenza di clausole di natura contrattuale (*clauses contractuelles*) e di clausole di natura regolamentare (*clauses réglementaires*), risultanti dall'incontro delle volontà di un soggetto pubblico e di un soggetto privato⁸⁹⁴.

Un cenno, infine, merita di essere compiuto anche all'ordinamento comunitario e ai c.d. accordi ambientali.

Facciamo qui riferimento alle forme di accordo volontario tra autorità pubbliche e soggetti privati, che sostituiscono *tout court* la fonte normativa. Esse sono state promosse con una serie di comunicazioni della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europei.

Con la prima comunicazione del 27 novembre 1996, la Commissione invitò il legislatore comunitario ad autorizzare l'impiego, da parte degli Stati membri, dello strumento dell'accordo come modalità di attuazione delle direttive comunitarie in materia di tutela ambientale, in alternativa alla via normativa tradizionale⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Cfr. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p. 549 e ss.

⁸⁹⁴ Per questi aspetti, si veda il Capitolo I, Parte II del presente lavoro.

⁸⁹⁵ Cfr. Com (96) 561 del 27 novembre 1996, emessa nel quadro del Quinto programma d'azione a favore dell'ambiente del 1992 (COM(92) 23 del 4 aprile 1992), con cui si suggerisce un nuovo approccio di tipo collaborativo con le industrie, che valorizzi il loro ruolo proattivo di difesa e tutela dell'ambiente, in alternativa ad un'impostazione classica di tipo autoritativo. Cfr. per questi aspetti, A. DE MICHELE, *Gli accordi in materia ambientale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 135 e ss.; S. OGGIANU, *Gli accordi in materia ambientale*, in *Rass. Avv. dello Stato* ANNO LXIV - N. 3, Luglio-Settembre, 2012 pubblicato anche in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Cedam, Padova, 2013.

In tali casi, all'atto normativo si sostituisce perciò un modulo negoziale direttamente concluso tra le autorità pubbliche e i singoli operatori economici, anche in veste di rappresentanti della categoria, con cui sono pianificati e programmati gli obiettivi imposti dalle direttive comunitarie.

Nella medesima comunicazione, la Commissione precisò che per esigenze di sicurezza giuridica, l'accordo poteva anche essere incorporato in un atto legislativo, al fine di garantire la più ampia diffusione dello stesso⁸⁹⁶.

Sul solco così tracciato, si pone il successivo Piano d'azione "Semplificare e migliorare la regolamentazione" del 5 giugno 2002, con cui la Commissione europea ha sottolineato la possibilità di ricorrere a misure alternative alla legislazione, annoverando tra di esse anche gli accordi volontari settoriali. Fece immediatamente seguito la nuova comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del 17 luglio 2002, con la quale si supera l'applicazione circoscritta degli accordi ambientali al solo livello nazionale, ammettendone il ricorso anche a livello comunitario.

Si prevede quindi che la loro stipulazione possa avvenire per iniziativa della stessa Commissione, assumendo in tal caso, l'accordo, carattere formale e vincolante, fermo il diritto della Commissione medesima di ritornare alla via legislativa ordinaria se lo strumento negoziale non raggiunge i risultati previsti.

3. Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche come accordi normativi. L'atto.

L'analisi del più ampio panorama comparato e comunitario dimostra che esiste una pluralità differenziata di accordi, il cui tratto comune si ravvisa nell'impiego dello strumento consensuale per la definizione di atti di carattere generale o a contenuto normativo.

Se si volesse compiere perciò una classificazione sommaria e di massima si potrebbe distinguere tra due distinte tipologie di accordi normativi.

Da un lato, si possono ravvisare accordi normativi sostitutivi di atti amministrativi generali o di atti normativi, direttamente produttivi di effetti nell'ordinamento e con efficacia *erga omnes*, come nel caso degli accordi ambientali di derivazione comunitaria, disciplinati, in Italia, dall'art. 206 del Codice dell'ambiente, D.lgs. n. 152/2006, ma anche nel caso degli *acuerdos previos de valoración* nel diritto tributario spagnolo e delle *conventions de délégation de service public* francesi.

⁸⁹⁶ Sulla conseguente diffusione in Italia e negli altri Paesi membri degli accordi ambientali, cfr. P. AMADEI, E. CROCI, G. PESARO, *Nuovi strumenti di politica ambientale. Gli accordi volontari*, Franco Angeli, Milano, 2004.

Dall'altro, possono invece individuarsi alcuni accordi normativi procedimentali, non vincolanti e che necessitano di un atto-fonte per la produzione di effetti nei confronti dei terzi.

Questi ultimi si spiegherebbero, in particolare, in ragione della scelta compiuta dal legislatore di attribuire unicamente agli atti di un soggetto pubblico, investito di legittimazione democratica, la capacità di produrre effetti innovativi per l'ordinamento. Vi rientrerebbero gli accordi sindacali già visti nell'ordinamento italiano e spagnolo.

Invero, a nostro giudizio, a questi ultimi potrebbero essere aggiunti proprio gli accordi di pianificazione, o accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche.

Non ci sembra del tutto azzardato cogliere, infatti, in accordi di predeterminazione delle disposizioni dei piani urbanistici, qualificati dalla prevalente dottrina come atti amministrativi generali⁸⁹⁷, altrettante ipotesi di accordi normativi.

⁸⁹⁷ Volendo ripercorrere per brevi cenni le varie tesi che sono state proposte sulla natura giuridica del piano regolatore generale, può qui dirsi che si sono alternate essenzialmente in dottrina una ricostruzione in termini di natura regolamentare del piano urbanistico, in quanto atto contenente norme di carattere generale ed astratto, destinate ad essere attuate attraverso i piani attuativi; ed una che lo qualifica alla stregua di un atto amministrativo generale, contenente previsioni concrete benché destinate ad un numero non determinato di destinatari. La prima tesi, più risalente, trova eco anche in alcuni autori più recenti. Cfr. A. CASALIN, *Licenze edilizie, limitazioni urbanistiche e diritti dei terzi*, Arti grafiche delle Venezie, Vicenza, 1957, p. 33; G. G. LOSCHIAVO, *Diritto edilizio*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 246; P. VIRGA, *Diritto amministrativo, I principi*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 395; G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico, op. cit.*, p. 187. L'elaborazione in termini di atto amministrativo generale si deve a M.S. GIANNINI, *Sull'imputazione dei piani regolatori*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, p. 882 e ss. A queste teorie si è affiancata, invero, anche una tesi mediana, accolta anche dalla giurisprudenza, e volta a ravvisare una commistione tra previsioni di carattere normativo (in particolare, norme tecniche di attuazione) e previsioni di tipo generale riferite a specifici segmenti del territorio. Cfr. E. PICOZZA, *Il piano regolatore generale urbanistico*, Cedam, Padova, p. 254; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLI ed altri (a cura di) *Diritto Amministrativo*, (a cura di), *Diritto amministrativo, op. cit.*, p. 64; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Cedam, Padova, 2008, p. 84; G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico, op. cit.*, p. 128 e in giurisprudenza T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 26 ottobre 2010, n. 201. Può completarsi il quadro con un riferimento alla prospettazione del piano urbanistico in termini di atto amministrativo fonte del diritto obiettivo, rinvenibile in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo, op. cit.*, p. 64. Cfr. per questi aspetti, più di recente, anche A. BARTOLINI, *Il piano regolatore comunale, Commento all'art. 7, L. 17.8.1942, n. 1150*, in S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI, C. VITALE (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, UTET Giuridica, 2013. La questione della natura giuridica del piano regolatore sembrerebbe, invece, non aver subito alterazioni dalla destrutturazione del PRG, in un Piano strutturale ed un Piano operativo (cui è annesso in alcuni casi un Regolamento edilizio) compiuta dalle leggi regionali c.d. di terza generazione. Il PSC e il POC non sono divenuti infatti atti di pianificazione autonomi e indipendenti l'uno dall'altro, sì che uno possa operare anche in assenza del secondo. Come recente giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare con specifico riferimento alla legge regionale dell'Emilia Romagna n. 20 del 2000 «l'ambito pianificatorio finora riservato – a livello comunale – allo strumento urbanistico generale, PRG, risulta coperto ora solo dalla contemporanea presenza dell'insieme dei tre nuovi strumenti pianificatori, PSC, POC e RUE». Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 15 maggio 2006, n. 609. In dottrina, si veda M. SOLLINI, *La pianificazione urbanistica regionale allo specchio: profili comparativi sintetici e linee evolutive*, in *Riv. Giur. Urb.* 4, 2008, pagg. 507 e ss.; A. BARTOLINI, *Questioni problematiche sull'efficacia giuridica della pianificazione strutturale ed operativa*, in *Riv. Giur. Urb.*, 3, 2007, p. 262 e ss. e più di recente S. CIVITARESE MATTEUCCI, M. D'ANGELOSANTE, *Governo del territorio e pianificazione urbanistica*, in L. VANDELLI, F. BASSANINI, *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2012, p.171 e ss..

A nostro avviso, infatti, gli accordi “a monte” non sarebbero accordi amministrativi nel senso specificato dall’art. 11 l. n. 241/1990, anzitutto per la fondamentale considerazione che nel caso in analisi ricorre non un provvedimento ma un atto amministrativo generale ovvero un regolamento, a seconda che si acceda ora all’una ora all’altra delle tesi prevalenti sulla natura giuridica del piano regolatore generale.

Essi perciò rinvengono pur sempre la loro base giuridica nel principio di consensualità di cui all’art. 11, del quale può riconoscersi la natura di principio generale dell’azione amministrativa, ma sono irriducibili agli accordi amministrativi ivi previsti. Del resto, l’accordo non integra certamente il contenuto del provvedimento amministrativo di approvazione del piano, ma il piano stesso. La delibera consiliare svolge infatti la sola funzione di autorizzare l’accordo, che, in tal modo, viene recepito nello strumento urbanistico acquisendo, con esso, efficacia⁸⁹⁸.

Per altro verso, ed al fine di meglio precisare i confini degli accordi normativi, e quindi degli accordi “a monte”, si può altresì ritenere che questi differiscano anche dagli strumenti della c.d. «programmazione negoziata»⁸⁹⁹.

Secondo quanto sostenuto dalla dottrina, questi ultimi costituirebbero rapporti o fattispecie a collaborazione pubblico-privata necessaria, in cui l’amministrazione non può prescindere dal consenso del privato. La presenza di quest’ultimo sarebbe perciò essenziale ed indispensabile per il venire in essere dello stesso rapporto.

Ciò è valso già ad escludere per tali fattispecie la natura di accordi amministrativi, in quanto l’amministrazione sarebbe, in quest’ultimo caso, sempre libera di tornare su un esercizio unilaterale dei propri poteri, quando l’accordo non risulti più congruo al perseguimento dell’interesse pubblico.

Gli accordi amministrativi non sarebbero, cioè, «un modello contrattuale obbligatorio»⁹⁰⁰.

Tali ultime argomentazioni possono essere riportate agli accordi normativi, in generale, e agli accordi “a monte” in particolare. Ed anzi esse si apprezzerebbero maggiormente proprio in questo contesto. Benchè infatti anche gli strumenti della programmazione negoziata, come gli accordi normativi, necessitino di un atto dell’amministrazione – del CIPE o del Ministero del Tesoro – per produrre i propri effetti, negli accordi “a monte”, intesi quali accordi normativi, l’apporto del privato non si esprime in termini di collaborazione necessaria, mentre l’esercizio in senso tradizionale dei poteri di piano si mantiene come valida alternativa. D’altra parte, la

⁸⁹⁸ Si fa qui riferimento alle ipotesi in cui sia la stessa amministrazione comunale ad approvare il piano, in alternativa alla Regione. Del resto, il modello della c.d. autoapprovazione, contrapposto allo schema tradizionale della c.d. eteroapprovazione, risulta, ad oggi, essere quello più diffuso nel panorama regionale. Cfr., sul punto, S. CIVITARESE MATTEUCCI, M. D’ANGELOSANTE, *Governo del territorio e pianificazione urbanistica*, op. cit., p. 181.

⁸⁹⁹ Sugli strumenti della programmazione negoziata e sugli effetti prodotti nella pianificazione urbanistica, cfr. quanto detto nel Cap. III, Parte I del presente lavoro, in particolare nella nota 343.

⁹⁰⁰ A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, op. cit., p. 145.

natura non vincolante dell'accordo "a monte" stridrebbe con il carattere obbligatorio che, per converso, si riconosce agli strumenti della programmazione negoziata.

Gli accordi "a monte", perciò, potrebbero, in definitiva, essere intesi come accordi procedurali a carattere preparatorio; non avrebbero natura vincolante, mentre necessiterebbero di un atto dell'amministrazione competente per produrre effetti tra le parti e nei confronti dei terzi.

Volendo prendere in considerazione l'art. 18 della L.r. Emilia Romagna 20/2000, norma che, al momento, pare essere quella più avanzata nel panorama legislativo regionale⁹⁰¹, essa prevede nel suo terzo comma anzitutto che «l'accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione».

In tal modo la disposizione prevede l'incorporazione dell'accordo medesimo nel piano urbanistico.

Tale incorporazione avviene – prosegue la norma – mediante «il recepimento dei suoi contenuti nella delibera di adozione dello strumento di pianificazione».

Il che non è ancora sufficiente perché l'accordo risulti efficace: viene posta l'ulteriore condizione «della conferma delle sue previsioni nel piano approvato».

E' proprio quest'ultima disposizione che ci dà la misura della stessa mancanza di vincolatività dell'accordo, recepito nel piano adottato, ma non ancora confermato nel piano approvato.

Tra il primo e il secondo momento interviene, come noto, la fase di presentazione delle osservazioni ed opposizioni da parte dei cittadini, nonché delle riserve da parte della Provincia, le quali devono essere tenute in debita considerazione dall'amministrazione comunale.

Si tratta, a ben vedere, di acquisizione di ulteriori interessi, pubblici e privati, nella fase istruttoria del procedimento di pianificazione, interessi, che, quindi, dovranno essere valutati nelle definitive scelte discrezionali del consiglio comunale, in sede di approvazione del piano.

E' chiaro che, in questo momento, l'assetto urbanistico consensualmente predeterminato potrebbe apparire non più congruo alla luce del nuovo interesse pubblico concreto, per cui l'amministrazione sarà altrettanto chiaramente libera di non

⁹⁰¹ A medesime conclusioni si presterebbe del resto anche una lettura dell'art. 6 della l.r. 11/2004 della Regione Veneto. La norma, già analizzata nel Cap. III, Parte I, per quel che qui rileva, dispone: «I comuni, le province e la Regione, nei limiti delle competenze di cui alla presente legge, possono concludere accordi con soggetti privati per assumere *nella pianificazione* proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse pubblico.

Gli accordi di cui al comma 1 sono finalizzati alla determinazione di *alcune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica*, nel rispetto della legislazione e della pianificazione sovraordinata, senza pregiudizio dei diritti dei terzi.

L'accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione. L'accordo è recepito con il provvedimento di adozione dello strumento di pianificazione ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano approvato».

recepire, da ultimo, l'accordo nel piano urbanistico, costituendo ciò un insopprimibile momento di autonomia nell'esercizio della potestà amministrativa.

Si percepisce, sotto questo profilo, ancora di più l'importanza che possono rivestire in questo tipo di procedimenti allora forme ampie di partecipazione e di consultazione dei cittadini. E ciò non tanto o, comunque, non solo in funzione di controllo democratico dell'operato dell'amministrazione, ma soprattutto in funzione di arricchimento dello stesso procedimento di pianificazione.

Viceversa, se l'accordo avesse avuto carattere vincolante sin dal momento della sua stipula, si sarebbe verificato una non trascurabile lesione dell'interesse pubblico, con conseguente illegittimità per sviamento di potere della delibera di approvazione del piano, legato inscindibilmente ad un accordo non più congruo.

Ne deriva che unico effetto che la stipula produce è quello di obbligare l'amministrazione a motivare in maniera puntuale sulla propria decisione di non accogliere quanto concordato nelle previsioni di piano. Ciò che, invero, ad altro non corrisponderebbe se non alla tradizionale regola che impone all'amministrazione di motivare i propri provvedimenti negativi, o di rigetto dell'istanza del privato, elaborata dalla giurisprudenza a partire dagli anni '50 del secolo scorso⁹⁰².

⁹⁰² Cfr. per questi aspetti M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 257 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 683 e ss.; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1595 e ss.; G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979; ID., *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, *Dir. amm.* 2, 2000, p. 187 e ss.; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, 1990; B.G. MATTARELLA, *Motivazione (dir. com.)* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006. Diverso è invece l'obbligo di motivazione richiesto sia per l'accordo che per lo stesso provvedimento di approvazione, avendo la motivazione, in tal caso, la funzione di giustificare i motivi di interesse pubblico che inducono a ricorrere ad uno strumento eccezionale per la predisposizione della disciplina urbanistica, nel primo caso, e a recepire previsioni normative di nature negoziale, nel secondo. Quanto alla motivazione degli accordi, si tratta di un obbligo che discende ora non solo dalle specifiche disposizioni legislative regionali, ma, in via generale, anche dallo stesso riformato art. 11 comma 2 della l. n. 241/1990. Con riferimento al provvedimento di approvazione, l'obbligo di motivazione si porrebbe in linea anche con l'ormai costante giurisprudenza amministrativa che già richiede, in taluni casi, alle amministrazioni di motivare le proprie scelte di ordine urbanistico, andando al di là del tenore letterale dell'art. 3 comma 2, che esclude l'obbligo per gli atti normativi e quelli a contenuto generale. Benché, infatti, le scelte urbanistiche siano «riservate alla discrezionalità dell'amministrazione, cui compete il coordinamento di quelle esigenze che nella concreta realtà si presentano in modo articolato, con la conseguenza che nell'adozione di un atto di programmazione territoriale avente rilevanza generale l'amministrazione stessa non è tenuta a dare specifica motivazione delle singole scelte operate, in quanto le stesse trovano giustificazione nei criteri generali di impostazione del piano, ... nondimeno la variante di un piano regolatore che conferisce nuova destinazione ad aree che risultano già urbanisticamente classificate necessita di apposita motivazione ... quando le classificazioni preesistenti siano assistite da specifiche aspettative, in capo ai rispettivi titolari, fondate su atti di contenuto concreto, nel senso che deve trattarsi di scelte che incidano su specifiche aspettative, come quelle derivanti da un piano di lottizzazione approvato, da un giudicato di annullamento di un diniego di concessione edilizia o dalla reiterazione di un vincolo scaduto». Cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2545; Cons. St., Sez. V, 2 marzo 2009, n. 1149; Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3294; Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2411; Cons. St. Sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4166; Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 5713. Per una ricostruzione della giurisprudenza in

Se così è, possiamo ora compiere alcune considerazioni a proposito dell'attuale qualificazione degli accordi "a monte" come accordi amministrativi integrativi del contenuto del provvedimento.

Per salvaguardare l'indisponibilità del potere pubblico nel suo momento di massima espressione, quello di conformazione della proprietà e di disciplina dei suoli, le leggi regionali che rinviano all'art. 11 ricorrono all'istituto della condizione sospensiva dell'efficacia. Ciò si rende necessario per impedire che l'accordo, di per sé vincolante *ab origine*, sin dal momento della sua stipula, produca effetti già prima dell'approvazione del piano.

Concepire l'accordo di pianificazione come un accordo normativo procedimentale non vincolante, a noi pare, possa offrire oltre ad un più esatto inquadramento giuridico della fattispecie, l'ulteriore vantaggio di far dipendere – secondo lo schema sopra delineato – la sua efficacia dallo stesso atto formale ed indipendente di approvazione dell'amministrazione, discendendo dalla stipula solo l'obbligo di motivare su un suo eventuale e definitivo rifiuto.

Se, a ben vedere, il risultato cui tendono sia l'istituto della condizione sospensiva che la soluzione qui prospettata è il medesimo, nondimeno l'accordo normativo potrebbe avere il pregio di atteggiarsi sin dall'inizio del rapporto pubblico-privato come uno strumento non in grado di vincolare le parti, fintantoché non intervenga una decisione discrezionale dell'amministrazione.

Il che può sicuramente impedire che si riproducano per l'innanzi clausole del seguente tenore: «il comune si impegna ad approvare e recepire integralmente e senza modificazioni il presente accordo, trasfondendone i contenuti al primo strumento urbanistico utile in tal senso, cui questo accordo ex art. 18 L.r. 20/2000 accederà (PSC, RUE, POC)»⁹⁰³; ovvero quelle per cui «a garanzia della prestazione...i soggetti attuatori presenteranno al Comune entro sessanta giorni dalla delibera di adozione del POC di recepimento del presente accordo, fideiussione, a prima richiesta e con espressa indicazione della rinuncia al beneficio della preventiva escussione»⁹⁰⁴.

4. Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche come accordi normativi. Il rapporto.

La natura non vincolante della fattispecie consensuale che qui si propone produce evidenti ricadute sullo stesso rapporto che si instaura tra l'amministrazione ed il privato.

Come già detto, l'accordo acquisterebbe efficacia tra le parti e rispetto ai terzi solo con la delibera consiliare di approvazione del piano urbanistico.

materia, si veda M. RAGAZZO, *Scelte di pianificazione urbanistica e obbligo di motivazione*, in *Urb. App.*, 1, 2005, p. 60 e ss.

⁹⁰³ Comune di Baricella – Registro delle scritture private n. 109 del 26/05/2009.

⁹⁰⁴ Comune di San Lazzaro – Prot.G. n.0009161 del 10/03/2011.

Fino al termine del procedimento pianificatorio il privato dispone dunque di un'aspettativa solo generica, analoga a quella di ogni altro proprietario che aspiri ad una utilizzazione più proficua dei suoli⁹⁰⁵.

La ricezione della disciplina urbanistica convenzionalmente definita non costituisce perciò l'oggetto di una prestazione dedotta nell'accordo medesimo, ma è il prodotto di una ponderata scelta discrezionale dell'amministrazione.

Unico obbligo configurabile in capo al soggetto pubblico, come conseguenza della stipula, sarà perciò quello di motivare in maniera puntuale e precisa le ragioni dell'eventuale mancato recepimento nel piano approvato.

Pertanto, le eventuali censure che, in tal caso, il privato proponente potrebbe muovere avverso il provvedimento di approvazione, possono saggiarsi unicamente sotto il profilo del difetto di motivazione e dei conseguenti risvolti che tale vizio ha sull'eccesso di potere, non potendo, al contrario, la determinazione amministrativa di non recepimento essere intesa alla stregua di un inadempimento dell'accordo da parte del soggetto pubblico.

Non sembrano infatti condivisibili le soluzioni approntate dal legislatore autonomico spagnolo, che ha previsto, talvolta, per il caso della mancata ricezione dell'accordo, forme di responsabilità contrattuale dell'amministrazione o di indennizzo per lesione del legittimo affidamento ingenerato nel privato, ovvero la possibilità per le parti di inserire più tenui *astraites*. Sembrano, viceversa, giustificabili le considerazioni di quella parte della dottrina spagnola che, al contrario, afferma: «*el convenio no obliga el órgano que aprueba el plan, que conserva intacto su potestad discrecional para dar uno u otro contenido normativo a aquél. No hay pues un derecho subjetivo del particular a exigir de la Administración el cumplimiento del convenio*».⁹⁰⁶

Né del resto varrebbe richiamare la possibilità di un indennizzo connesso all'istituto del recesso unilaterale o ai poteri di autotutela, per il caso in cui l'amministrazione decida di interrompere il procedimento di approvazione dell'accordo, configurandosi, in tal caso, piuttosto un «atto di mero ritiro di un atto inidoneo a ingenerare affidamenti qualificati per la sua natura specificamente preliminare»⁹⁰⁷.

Diversa sarebbe l'eventualità in cui l'amministrazione ritardasse l'approvazione del piano urbanistico, essendo stato riconosciuto nel nostro ordinamento che il tempo è tutelabile come autonomo bene della vita, sia pure per il tramite di un indennizzo.

Il nuovo comma *1bis* dell'art. *2bis* della l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 28, comma 9, l. n. 98/2013, nel tentativo di dirimere la controversa questione sul danno da ritardo "mero", dispone infatti che «in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi,

⁹⁰⁵ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2545.

⁹⁰⁶ In questi termini, J.M. BAÑO LEÓN, *Derecho urbanístico común*, op. cit., p. 147.

⁹⁰⁷ T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 3 marzo 2009, n. 383.

l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge»⁹⁰⁸.

Ciò detto, non può trascurarsi anche l'ulteriore eventualità, frequente nella prassi, che sia la stessa amministrazione a vincolare nell'accordo la propria potestà, formalizzando nel negozio un obbligo a recepire, nel piano approvato, la disciplina urbanistica concordata, eventualmente anche senza apportarvi modificazioni.

Nell'ordinamento giuridico francese, ove come visto qualsiasi accordo sull'esercizio del potere amministrativo è considerato nullo dalla giurisprudenza, il *Conseil d'Etat* esclude che il privato possa pretendere l'esecuzione di un contratto nullo *ab origine* per l'impossibilità dell'oggetto, e dunque che egli possa vedere condannata l'amministrazione ad eseguire la prestazione. Né l'inadempimento di un'obbligazione impossibile può dar luogo, secondo il giudice amministrativo, a responsabilità contrattuale; né una decisione amministrativa unilaterale contraria a precedenti pattuizioni invalide può essere valutata sotto il profilo dell'eccesso di potere.

D'altro canto, in simili occasioni, il giudice francese ha riconosciuto un indennizzo al privato, per il legittimo affidamento che questi abbia maturato in conseguenza dell'impegno volontariamente assunto dal contraente pubblico, giustificandolo anche alla luce della responsabilità dell'amministrazione, che ha concorso a dar vita ad un'una causa di invalidità del patto, da quella conosciuta o comunque conoscibile⁹⁰⁹.

Se si tiene ferma la differenza sussistente tra l'ordinamento giuridico francese ed il nostro sistema a proposito dell'ammissibilità di accordi sul contenuto del provvedimento, nondimeno simili soluzioni potrebbero ben adeguarsi al diverso caso qui in analisi, dove non è il "potere di provvedere", ma il "potere di disporre" ad essere al centro del meccanismo consensuale.

Se si condividono le considerazioni sin qui svolte circa la non vincolatività dell'accordo normativo (e quindi dell'accordo "a monte") e la sua diversa collocazione sul piano dell'attività non provvedimentale ma normativa, ben potrebbero essere recepite le tecniche approntate dal giudice francese.

Anche nel nostro ordinamento, a ben vedere, un accordo "a monte" che vincoli *ab initio* le potestà pianificatorie dell'amministrazione potrebbe essere ritenuto nullo ai sensi dell'art. 21septies della l. n. 241/1990, per mancanza di un elemento essenziale, l'oggetto, ovvero per difetto assoluto di attribuzione. Tuttavia, a nostro giudizio, si renderebbe necessaria una previsione legislativa *ad hoc*, che enuclei le ipotesi di

⁹⁰⁸ Sulla nuova disposizione, cfr. F. DI LASCIO, *Il decreto del "Fare": il rilancio dell'economia*, in *Gior. dir. amm.*, 12/2013, p. 1143 e ss. In giurisprudenza, vd. prima della modifica, Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2011, n. 1739, secondo cui l'art. 2bis, comma 1 «presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino...il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica»; nonché Cons. St., Sez. V 9 ottobre 2013, n. 4968; Cons. St. Sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2164; T.A.R. Lazio, Roma Sez. II quater, 24 gennaio 2012, n. 762; C.g.a., sez. giurisd., 4 novembre 2010 n. 1368; Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271; T.A.R. Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 582.

⁹⁰⁹ Si veda per questi aspetti il Cap. II, Parte II del presente lavoro.

invalidità degli accordi “a monte”. Ciò che del resto già avviene in Spagna, dove in pressoché tutte le legislazioni autonome sono individuate specifiche cause di nullità dei *convenios urbanísticos de planeamiento*, tra le quali va qui menzionata quella sulla *nulidad de pleno derecho* dei *convenios* che *limiten el ejercicio de las competencias de las Administraciones públicas*⁹¹⁰.

Diversamente si atteggia invece il rapporto tra amministrazione e privato, una volta che l'accordo, recepito nel piano, abbia acquistato pregnanza giuridica.

In particolare, vogliamo qui soffermare l'attenzione sulle clausole contrattuali contenute nell'accordo. Dal naturale contesto bilaterale da cui scaturiscono gli accordi di pianificazione, deriva infatti la presenza accanto a previsioni di tipo normativo, atte a predisporre ed (eventualmente) integrare il contenuto del piano urbanistico, anche di disposizioni di tipo sinallagmatico, volte a disciplinare lo speciale rapporto sussistente tra il soggetto pubblico ed il soggetto privato.

Non può infatti dimenticarsi come anche gli accordi “a monte” si atteggino, sotto questo profilo, in uno scambio di prestazioni a contenuto patrimoniale, tese comunque inderogabilmente alla cura dell'interesse pubblico.

Di questo, del resto, era già consapevole la stessa Commissione Nigro, che qualificava gli accordi normativi, come quelli 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».

Ça va sans dire, che le prestazioni cui il privato si è obbligato saranno esigibili perciò solo nel momento in cui, con la delibera di approvazione del piano, anche l'accordo, *rectius* le clausole contrattuali dell'accordo, diverranno efficaci e giuridicamente vincolanti.

Quid iuris, allora, per il caso in cui il privato non adempia a quanto promesso e l'amministrazione affermi che non avrebbe recepito la nuova disciplina urbanistica, consensualmente predefinita (che nella maggior parte dei casi vuol dire esercitare il proprio *ius variandi*), se non fosse stato per le prestazioni offerte dal privato?

Non sembra si possa dire con assoluta certezza che il privato non abbia beneficiato comunque di un arricchimento ingiusto, in quanto la nuova disciplina di piano è di per sé corrispondente a finalità di interesse pubblico. Per cui l'amministrazione disporrà degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento per reagire all'inadempimento del privato.

Laddove l'interesse del comune è quello di conseguire la prestazione (di interesse pubblico) del singolo, troveranno spazio l'ordinaria azione civilistica di condanna all'adempimento, e la stessa azione *ex art. 2932 c.c.*, come recentemente ammesso dalla stessa Adunanza Plenaria⁹¹¹. Laddove, viceversa, l'amministrazione non intenda

⁹¹⁰ Si veda la rassegna delle legislazioni autonome in materia di *convenios urbanísticos de planeamiento* contenuta nel Capitolo III, Parte III del presente lavoro.

⁹¹¹ Cons. St., A. Plen., 20 luglio 2012, n. 28, su cui si vedano le considerazioni svolte nel Cap. II, Parte I del presente lavoro.

proseguire il rapporto essa potrà fare affidamento anche sugli ordinari rimedi dell'autotutela. Non sarebbe esclusa, infine, la stessa azione risarcitoria⁹¹².

Ciò detto, è bene tenere a mente che l'amministrazione, come ci insegna l'ordinamento giuridico spagnolo, non potrebbe esigere l'esecuzione delle prestazioni prima della stessa approvazione del piano.

Per la peculiarità con cui i *convenios urbanísticos de planeamiento* si sono sviluppati nella prassi delle amministrazioni spagnole, si ricorda, infatti, che il legislatore ha dovuto inserire un'apposita sanzione di nullità delle convenzioni che permettano l'esecuzione anticipata da parte del singolo.

Con il che, a nostro parere, possono anche essere fugati, almeno in parte, i dubbi di riproducibilità, con le condotte dell'amministrazione e del privato, di ben evidenti fattispecie criminose basate sulla dazione di «denaro o altre utilità», su «retribuzioni non dovute», o infine su «ingiusti vantaggi patrimoniali».

Resta in ogni caso la percezione forte di quanto gli accordi “a monte” siano uno strumento non solo problematico da un punto di vista di stretto diritto, ma anche pericoloso e circondato da un'ampia alea di incertezza.

E' come si nota ineliminabile un forte grado di rischio nel rapporto per entrambe le parti.

Anche per queste ragioni, pertanto, gli accordi “a monte” dovrebbero essere circondati da stringenti regole di pubblicità e di trasparenza, che garantiscano l'evidenziazione e la garanzia dell'interesse pubblico.

5. Gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche come accordi normativi. Il procedimento.

Sotto il profilo procedimentale, deve rilevarsi come manchino nella scarna disciplina regionale italiana norme volte a definire in maniera complessiva ed unitaria l'*iter* procedimentale di conclusione degli accordi a “monte”.

Sia l'art. 18 della l. r. Emilia Romagna 20/2000 che l'art. 6 della l.r. Veneto 11/2004 si concentrano, infatti, sui profili sostanziali della fattispecie, sicché la disciplina degli aspetti procedimentali viene definita prendendo a prestito norme ed istituti presenti nella legislazione statale e regionale di riferimento.

Diversamente accade nell'ordinamento spagnolo, dove alcune leggi autonome hanno perfezionato un modello procedimentale che potrebbe sicuramente essere preso come punto di riferimento⁹¹³.

⁹¹² Le controversie restano in ogni caso nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, secondo quanto disposto dall'art 133 comma 1 lett. a) n. 2 c.p.a.

⁹¹³ Per una rassegna delle diverse soluzioni offerte dal legislatore spagnolo, si veda il Cap. III, Parte III del presente lavoro.

Si tratta, invero, di un procedimento autonomo ed antecedente rispetto al procedimento di pianificazione vero e proprio. Deve, infatti, segnalarsi che non tutte le leggi urbanistiche spagnole concepiscono l'utilità della negoziazione in sede di elaborazione del *Plan general*, ammettendola solo in funzione di variazione di un piano già approvato e vigente. D'altra parte, nessuna di queste leggi prevede una regolamentazione della fase delle trattative tra comune e soggetto promotore, poste al di fuori della struttura procedimentale

L'inizio dell'*iter* coincide, perciò, con la sottoscrizione dell'accordo preliminare tra le parti e si avvia con una fase di pubblicità e di partecipazione mediante la pubblicazione sul *Diario Oficial* o *Boletín Oficial* della *Comunidad Autónoma* e su almeno un quotidiano con maggiore diffusione nella Comunità.

Nell'annuncio dovranno essere rese note l'identità delle parti, l'oggetto dell'accordo e l'area interessata dagli interventi di trasformazione urbanistica.

Segue quindi l'immediata sottoposizione del testo integrale dell'accordo a *información pública*, per un periodo minimo di venti giorni e massimo di trenta.

In questo lasso di tempo, chiunque può presentare osservazioni sul *convenio*. E proprio sulla base degli apporti partecipativi dei cittadini, l'amministrazione formulerà la proposta del testo definitivo dell'accordo, che dovrà essere approvata dal corrispondente organo collegiale.

Ulteriore peculiarità del modello spagnolo è infatti quella di prevedere una duplice negoziazione: una prima in sede di trattative tra le parti, ed una seconda al termine della fase partecipativa.

L'efficacia della soluzione approntata si percepisce ove si consideri che nella predisposizione del testo definitivo del *convenio*, *dominus* indiscusso è l'amministrazione. E' quest'ultima infatti a rielaborare unilateralmente la proposta, mentre al privato è riconosciuto uno strettissimo lasso di tempo per accettarla.

Una volta notificato, l'accordo infatti dovrà essere sottoscritto dall'interessato entro generalmente il termine di quindici giorni, decorsi inutilmente i quali la proposta decade e si intenderà per rinunciata.

Perfezionato l'accordo, è quindi rimessa alla discrezionale valutazione dell'amministrazione la decisione definitiva circa il suo formale recepimento nel piano urbanistico.

E', infine, prescritto che il rispetto delle regole procedurali sin qui descritte condiziona la validità del *convenio* stesso.

Sul piano degli obblighi di pubblicità e di trasparenza, sono, inoltre, previste ulteriori forme di pubblicità, soddisfatte attraverso il deposito dei *convenios*, una volta recepiti nel piano, in appositi registri e archivi ovvero con la pubblicazione su siti informatici dell'amministrazione.

Non solo. Già prima della *Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* veniva riconosciuto un diritto di accesso a

chiunque, svincolato dalla titolarità di un interesse e di una posizione giuridica soggettiva differenziata.

Venendo all'ordinamento italiano, attualmente, la definizione delle regole sul procedimento deve avvenire attraverso una ricognizione dell'esistente, ossia delle norme, statali e regionali, che a seguito di valutazioni interpretative, possono essere ritenute applicabili alla fattispecie. Concentreremo l'attenzione, in particolare, su alcuni profili sensibili, quali gli obblighi di pubblicità e trasparenza, tanto del procedimento in sé quanto della fase ad esso antecedente, in cui avviene il primo contatto tra amministrazione e privato; la possibilità di rinegoziare il contenuto dell'accordo prima del suo formale recepimento nel piano approvato; e, infine gli aspetti relativi alla partecipazione dei cittadini.

Sotto il profilo della pubblicità e della trasparenza, invero, un significativo passo in avanti è stato già compiuto dal D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, che, con la finalità dichiarata di garantire «l'accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione dell'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche», detta precisi obblighi anche per l'attività di governo del territorio⁹¹⁴.

In particolare il comma 1 dell'art. 39 prevede, per la prima volta, un obbligo «tempestivo» di pubblicità endoprocedimentale, ricadente sugli stessi schemi di provvedimento, nonché sulle delibere di adozione e di approvazione e sui relativi allegati tecnici⁹¹⁵.

Attraverso un'applicazione della disposizione anche nel procedimento volto alla conclusione degli accordi "a monte", si garantirebbe, per quel che qui rileva, un sufficiente grado di pubblicità e trasparenza delle stesse decisioni atte a recepire gli accordi nel piano urbanistico. Tale previsione andrebbe così ad integrare quelle in materia di pubblicità previste dalle norme regionali, delle quali invero è stata già messa in luce la scarsa chiarezza espositiva⁹¹⁶.

Peculiare rilevanza può assumere anche il successivo comma 3 dell'art. 39, che fa dipendere dalla pubblicazione l'acquisizione dell'efficacia dei piani medesimi, una volta

⁹¹⁴ Per un commento delle disposizioni del D.Lgs. 33/2013, si veda A. FARÌ, *La pubblicità degli atti di governo del territorio e delle informazioni ambientali*, in B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n.33: analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013 p. 307 e ss.

⁹¹⁵ Già la l. 18 giugno 2009, n. 69, aveva previsto la pubblicazione nei siti informatici delle amministrazioni comunali degli elaborati tecnici e delle varianti di piano. La legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150, invece, prevede solamente il deposito del progetto del piano regolatore generale, del quale, del resto, viene data mera notizia, mentre non se ne prevede la pubblicazione (art. 9), riservata, al solo decreto di approvazione (art. 10).

⁹¹⁶ L'art. 18 della L.r. Emilia Romagna n. 20/2000, per esempio, dopo un generico richiamo ai principi di trasparenza e pubblicità, sottopone gli accordi «alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione» dello strumento urbanistico cui accede. Dopo l'entrata in vigore del T.U. Trasparenza, pertanto, gli obblighi di pubblicità ivi previsti dovrebbero essere integrati anche con le previsioni dell'art. 39.

approvati. Ciò che, a ben vedere, può produrre puntuali ricadute anche sulle disposizioni urbanistiche concordate, ormai integrate al piano.

Il comma 2 dell'art. 39, invece, potrebbe essere inteso anche come un generale obbligo di pubblicità ricadente sul medesimo testo dell'accordo, nonché, in un'interpretazione ampia, ma coerente con le finalità della norma, di tutto la documentazione relativa alle trattative⁹¹⁷.

Esigenze di pubblicità e trasparenza sono avvertite, del resto, con riferimento già alla fase informale delle negoziazioni, che talvolta precedono la stessa proposizione dell'istanza da parte del privato.

Si tratta di un momento caratterizzato da forte opacità, nel quale, non a caso, si condensa principalmente il rischio di fenomeni corruttivi.

Una soluzione potrebbe essere, allora, quella di individuare un responsabile del procedimento che funga da referente per i privati, ed eventualmente da designarsi nel Piano di prevenzione della corruzione, secondo quanto disposto dall'art. 9 della L. 6 novembre 2012, n. 190.

La norma prevede, infatti, che il Piano debba individuare le attività caratterizzate dal più alto rischio di corruzione (lett. a); definire per esse meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni (lett. b); nonché meccanismi atti a monitorare i rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti (lett. e).

L'istituzionalizzazione anche di questa fase e il coinvolgimento di un apposito ufficio dell'amministrazione comunale potrebbero impedire proprio il venire a crearsi di rapporti collusivi con i funzionari dell'amministrazione più informati⁹¹⁸.

In prospettiva *de jure condendo*, invece, si potrebbe prevedere, sull'esempio spagnolo, la possibilità per le amministrazioni di rinegoziare l'accordo, una volta recepite le osservazioni dei cittadini, laddove esse manifestino comunque l'intenzione di volerne mantenere i contenuti, adeguandoli ai nuovi interessi emersi nel corso dell'istruttoria. Mancherebbe, allo stato, una previsione atta a legittimare la possibilità di ridefinire lo scambio negoziale, con la conseguenze che i comuni si trovano stretti tra l'alternativa di dover stralciare l'accordo o recepire uno non più conforme all'interesse pubblico.

La previsione di una simile facoltà risulterebbe invece funzionale anche rispetto allo stesso equilibrio negoziale, in ossequio al principio di proporzionalità.

⁹¹⁷ La norma prevede che: «la documentazione relativa a ciascun procedimento di presentazione e approvazione delle proposte di trasformazione urbanistica d'iniziativa privata o pubblica in variante allo strumento urbanistico generale comunque denominato vigente nonché delle proposte di trasformazione urbanistica d'iniziativa privata o pubblica in attuazione dello strumento urbanistico generale vigente che comportino premialità edificatorie a fronte dell'impegno dei privati alla realizzazione di opere di urbanizzazione extra oneri o della cessione di aree o volumetrie per finalità di pubblico interesse è pubblicata in una sezione apposita nel sito del comune interessato, continuamente aggiornata».

⁹¹⁸ Cfr. per questi aspetti anche P. URBANI, *Modeste proposte per favorire l'attuazione delle previsioni urbanistiche negoziate e superare i fenomeni di concussioni/corruzione nella PA in materia di pianificazione urbanistica*, in *RGE* 1, 2012, p. 29 e ss.; A. BARONE, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Cacucci Editore, Bari, 2013, p.65 e ss..

Tra il momento della definizione dei contenuti dell'accordo e quello del suo formale recepimento nel piano, intercorre infatti un lasso di tempo variabile. Ne deriva che nel segmento temporale e procedurale possano variare non solo le esigenze dell'amministrazione, ma anche le capacità del privato. Una rinegoziazione che risponda sempre a finalità di interesse pubblico, risulterebbe perciò in linea anche con i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Qualora si acceda ad una soluzione di questo tipo, occorrerebbe tuttavia sganciare il procedimento volto alla conclusione dell'accordo da quello pianificatorio propriamente inteso: la produzione degli effetti dell'accordo medesimo dipenderebbe in ogni caso dal suo formale e conclusivo recepimento nel piano, con il provvedimento di approvazione del consiglio comunale.

Laddove si volesse accogliere uno schema di questo tipo sarebbe inoltre necessaria una fase partecipativa appositamente pensata per l'accordo "a monte".

Esistono, del resto, già significativi esempi di apertura nella legislazione statale e in quella regionale, ove sono state legittimate forme ampie di partecipazione e di consultazione dei cittadini⁹¹⁹. Resterebbe in ogni caso opportuna una modifica dell'art.

⁹¹⁹ Sul piano della legislazione statale, si ricorda l'art. 24, d.lgs. 152/2006, Codice dell'Ambiente, che nell'ambito del procedimento di VIA, ammette il ricorso alle forme della consultazione, dell'inchiesta pubblica o della presentazioni di osservazioni del c.d. "pubblico interessato" (ossia dei soggetti che ai sensi dell'art. 5 co. 1 lett. u), d.lgs. 152/2006, possono subire gli effetti delle procedure decisionali in materia ambientale). Un'applicazione settoriale di questa disposizione è rinvenibile anche nel Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 163/2006, agli artt. 182 e ss. a proposito del procedimento di VIA speciale, riguardante le grandi opere e le infrastrutture di interesse strategico. A livello locale, l'art. 8 del Testo Unico degli Enti Locali, d.lgs. 267/2000, prevede, inoltre, che «i comuni, anche su base di quartiere o di frazione, valorizzano le libere forme associative e promuovono organismi di partecipazione popolare all'amministrazione locale». Lo Statuto comunale disciplina i referendum e le altre «forme di consultazione della popolazione [in materie di esclusiva competenza locale] nonché le procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi». Certamente non si tratta di istituti equiparabili a quelli della *démocratie de proximité* francese, e, del resto, la stessa giurisprudenza amministrativa italiana ne ha fortemente sminuito la portata, escludendo che essi possano produrre effetti vincolanti sull'attività amministrativa che ne ha costituito l'oggetto (Tar Puglia, Sez. II, 10 marzo 2003, n. 1098). Sul più efficace piano regionale, invece, non può non essere menzionata innanzitutto la Regione Toscana, che – prima in Italia – ha disciplinato il dibattito pubblico (l.r. 69/2007 e l.r. 46/2013), intendendolo come una fase "ordinaria" del procedimento volto all'adozione di decisioni pubbliche, aventi ad oggetto le opere, i progetti e gli interventi che assumono una «particolare rilevanza per la comunità regionale» (artt. 7 e 8). Proprio seguendo il modello francese, le modifiche apportate alla Legge regionale nel 2013 hanno previsto che il dibattito debba essere obbligatorio per tutte le opere pubbliche che superino la soglia dei cinquanta milioni di euro, mentre resta facoltativo e rimesso alla discrezionale valutazione dell'Autorità regionale garante per la partecipazione, per le opere con soglia finanziaria inferiore. La legge prevede quindi diverse misure di sostegno e supporto regionale ai processi di partecipazione locali. Alla legislazione toscana si affiancano anche le leggi regionali dell'Emilia Romagna (l.r. n. 3 del 2010) e dell'Umbria (l.r. n. 14 del 2010), ove la partecipazione è riconosciuta come un diritto attribuito a «tutte le persone, le associazioni e le imprese che siano destinatarie, singolarmente o collettivamente, delle scelte contenute in un atto regionale o locale di pianificazione strategica, generale o settoriale, o di atti progettuali e di attuazione in ogni campo di competenza regionale, sia diretta che concorrente» (art. 3, L.r. Emilia Romagna n. 3/2010). Ed ancora, la l.r. Calabria n. 19/2002 ha previsto l'istituzione di laboratori di partecipazione; la l.r. Liguria n. 36/1997, in materia di governo del territorio, prevede la possibilità di indire una o più inchieste pubbliche aventi ad oggetto il progetto preliminare del piano urbanistico; allo stesso modo la l.r. Abruzzo n. 11/1999 prevede che un commissario designato dal

13 della l. n. 241/1990, che ormai funge non solo da ostacolo ad impellenti esigenze e garanzie partecipative, ma risulta addirittura anacronistico, dimostrando la generale sfiducia del nostro legislatore non solo verso i c.d. procedimenti di massa ma anche nei confronti di forme di partecipazione più fluide, basate sul dibattito, il confronto e l'oralità, rintracciabili nel più ampio panorama europeo, a partire dall'emblematico modello francese⁹²⁰.

Con il che altro non si farebbe se non ritornare, anche per questi aspetti, allo schema del disegno di legge della Commissione Nigro.

Allora, probabilmente, i tempi non erano maturi. Possono iniziare ad esserlo adesso.

Difensore civico regionale possa indire un'inchiesta pubblica nell'ambito della realizzazione di opere, interventi o programmi di intervento suscettibili di produrre rilevanti modificazioni degli assetti territoriali ed ambientali; così, infine, la l.r. Sardegna n. 8/2004 prevede che il Presidente della Regione possa indire un'istruttoria pubblica sulla proposta del Piano Paesaggistico Regionale. Cfr. per una ricognizione più ampia del tema, G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Giuffé, Milano, 2010.

⁹²⁰ Si veda sul punto il recente contributo di A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati alla pianificazione urbanistica: il modello dell'inchiesta e le suggestioni provenienti dai sistemi europei*, *op. cit.*, p. 321 e ss.; nonché S.CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche- Saggio di diritto comparato*, www.irpa.eu. Sulla disciplina relativa ai c.d. procedimenti di massa, contenuta nell'originario schema redatto dalla Commissione Nigro, cfr G. PERICU, *I procedimenti di massa*, in F. TRIMARCHI, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, *op. cit.*, p. 95 e ss.

CONCLUSIONI

Si rendono necessarie, a margine di questo lavoro, alcune riflessioni conclusive sul ricorso a moduli consensuali per la cura dell'interesse pubblico, nell'ordinamento giuridico italiano e negli altri Paesi oggetto del nostro studio.

Ciò che si è voluto appurare in queste pagine è anzitutto che nel panorama interno e in quello comparato ha ormai da tempo vigenza il principio di consensualità.

Sin da quando infatti la primissima scienza giuridica, soprattutto tedesca ed italiana, si adoperò per la costruzione dello statuto speciale della pubblica amministrazione, negare l'esistenza del consenso nel *modus agendi* amministrativo costituiva, infatti, un rifiuto netto della realtà esistente.

Fu del resto proprio questa dottrina a dimostrare che era possibile superare le obiezioni anticontrattualiste e che il potere amministrativo poteva essere esercitato mediante atti bilaterali, nei quali convergono la discrezionalità della p.a. e l'autonomia negoziale del singolo.

Alla base di tali prospettazioni stava la convinzione che l'interesse pubblico non rimane semplicemente nella sfera soggettiva pubblica, come mero motivo presupposto dell'amministrazione agente, ma si presenta connaturato al negozio stesso, e con esso si compenetra, sì da caratterizzarne la causa.

In Italia, l'art. 11 della l. n. 241/1990 ha dato, così, *base legale* e cogenza normativa ad un processo storico, culturale e quindi ancora pregiuridico, che attraversava da più di due secoli la conformazione classica della pubblica amministrazione italiana, sancendo nel mondo delle relazioni giuridiche il modulo della codecisione pubblico-privata nell'esercizio del potere pubblico.

Con gli accordi amministrativi si è, perciò, avuto il definitivo ingresso nel nostro ordinamento di una forma alta e qualificata di partecipazione del cittadino alle decisioni sull'esercizio del potere, alle valutazioni circa la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico.

Tutto ciò, del resto, è riproducibile anche per gli altri ordinamenti stranieri presi in considerazione.

La comparazione ha dimostrato come il principio di consensualità nell'azione amministrativa ricorra in differenti Paesi, che celano, a seconda dei casi, ora un maggiore ora un minore grado di diffidenza rispetto a forme di negoziazione del potere pubblico.

E si hanno così nel più ampio panorama europeo, sulla base del fondante *öffentlich-rechtlichen Vertrag* tedesco, l'*acuerdo administrativo* o *acto administrativo consensual* in Spagna, il *contrato sobre o exercício de poderes públicos* in Portogallo, il *beleidsovereenkomst* in Olanda, l'*ugoda* in Polonia.

Quanto alla Francia, benché questo ordinamento si caratterizzi per una generale posizione di chiusura rispetto al principio di consensualità, in nome di una proclamata *allergie au contrat*, il ricorso a moduli negoziali è innegabilmente presente anche nella prassi amministrativa francese. E ad esso si accompagna anche un'apertura di una parte della dottrina ed un velato *favor* dello stesso legislatore.

Il classico principio de *l'interdiction faite à l'autorité de police de faire recours à une technique d'ordre contractuel*, sviluppato, dalla granitica giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, in altrettanti divieti di *délégations des pouvoirs*, di *pactes sur une décision future*, di *substitution d'un contrat à l'acte unilatéral*, seppure orienta in senso negativo l'intero sistema, non impedisce però che amministrazioni e privati contrattino nella pratica le decisioni pubbliche.

Non mancano perciò anche nell'ordinamento francese i tentativi dottrinali volti ad inquadrare il fenomeno in termini di *actes unilatéraux négociés*, di *actes négociés contractuels*, di *accords contractuels*, di *actes normatifs bilatéraux* e infine di *conventions de police*.

Del resto, la stessa esperienza giuridica spagnola sta a dimostrare che la circolazione dei formanti giuridici tra le diverse famiglie del diritto amministrativo europeo, rende perfettamente possibile il passaggio da una preclusione rispetto al principio di consensualità ad un suo progressivo ingresso anche sul piano del diritto.

E' proprio in questo ordinamento che, non a caso, si realizza, per effetto dell'interiorizzazione di soluzioni giuridiche altrui, il più alto grado di positivizzazione degli *acuerdos administrativos* e, nel diritto urbanistico, dei *convenios urbanísticos*.

Il che probabilmente fu facilitato anche dalla presenza di una tradizione di lunga data nella prassi amministrativa spagnola, circa l'impiego di forme di accordo e di consenso con il privato per il perseguimento di scopi di interesse pubblico, già a partire dai *Planes de Ensache* e dalle tecniche di *alineación*, sviluppate nella costruzione delle città spagnole nell'Ottocento.

D'altronde potrebbe anche dirsi – e la ricostruzione storica che dei vari ordinamenti si offre in queste pagine, tenderebbe a dimostrarlo – che proprio quando una disciplina normativa manchi, il ricorso alla consensualità è abbondante.

Sembrirebbe infatti sussistere una sorta di proporzionalità inversa tra diffusione ed impiego di fattispecie consensuali, da un lato, e introduzione di una loro disciplina espressa, dall'altro. Tanto più il legislatore fa emergere dall'opacità informale della prassi le negoziazioni, tanto meno ad esse gli operatori ricorrono.

Il che risulterebbe essere confermato anche dalla stessa vicenda italiana, ove a proposito degli accordi amministrativi si è parlato, dopo la l. n. 241/1990, di una realtà ormai solo *virtuale*.

Campo privilegiato di diffusione resta nel nostro ordinamento, infatti, quasi esclusivamente l'urbanistica, dove la consensualità spiega al meglio i suoi effetti proprio per appianare la conflittualità tra tutti gli interessi emergenti dal territorio.

L'analisi della giurisprudenza amministrativa e di merito ci permette di riconoscere proprio in questo settore una sorta di *vis attractiva* dell'art. 11, per effetto della quale sono riconducibili agli accordi amministrativi pressoché tutte le ipotesi di convenzioni urbanistiche, dalle convenzioni di lottizzazione alle convenzioni nell'edilizia residenziale pubblica, dalle convenzioni edilizie alle convenzioni di recupero, dagli accordi perequativi e compensativi agli stessi accordi "a monte".

La collocazione degli accordi "a valle" e di quelli "a monte" nell'alveo dell'art. 11 induce a rafforzare la nostra opinione circa la natura giuridica integralmente pubblicistica, che deve essere riconosciuta agli accordi amministrativi.

E ciò anzitutto per la fondamentale considerazione che per tale via si esclude il rischio che il luogo giuridico di esercizio consensuale del potere amministrativo – il che è già una conquista eccezionale – possa avere connotazioni tali da svilire il potere medesimo.

Non sono condivisibili, infatti, le argomentazioni a sostegno della tesi sul contratto ad oggetto pubblico.

L'accordo resta pur sempre il punto di convergenza di poteri e facoltà eterogenee; autonomia negoziale e potere discrezionale coincidono nella comune regolamentazione degli interessi, ed è proprio l'identità del precetto a rendere possibile che il consenso sia reso nell'esercizio di potestà diverse.

Nell'accordo non vi è il bilanciamento di forze contrattuali, né si realizza la parità contrattuale tra i soggetti. Anzi, la p.a. è sempre in posizione di supremazia, così com'è per l'interesse pubblico.

E' inconcepibile, del resto, ridurre quest'ultimo al rango di mero motivo presupposto del contratto: l'interesse pubblico è causa dell'accordo.

Non può, perciò, ritenersi convincente l'assunto per cui, tolto l'oggetto, l'accordo è pur sempre un contratto di diritto privato. Gli accordi amministrativi restano atti bilaterali, in un certo qual modo negoziali, ma non propriamente contrattuali.

Ciò è tanto più vero per i c.d. accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche.

Secondo la dottrina più accreditata in materia, infatti, dalla natura alternativa dell'attività amministrativa consensuale, rispetto alle forme tradizionali di esercizio del potere autoritativo, discende la facoltà per la p.a. di ricorrere agli accordi "a monte" solo nel caso in cui l'interesse pubblico trovi nel vincolo consensuale la migliore soddisfazione possibile, e cioè, proprio quella che non sarebbe consentita dall'esercizio della funzione pianificatoria secondo il modello classico.

L'accordo urbanistico, in altre parole, deve condurre ad un risultato ulteriore e migliore rispetto a ciò che è dovuto *ex lege*. Ed infatti, il contenuto del provvedimento finale conterrà proprio quelle clausole che, in mancanza d'accordo, non sarebbero facilmente accettate dal privato.

Tutto ciò implica, tanto nella prospettiva del principio di imparzialità, quanto di quello di proporzionalità, che l'accordo deve servire a bilanciare e a contemperare al meglio l'interesse pubblico primario con l'interesse privato, ovviamente senza

dimenticare, nel bilanciamento, gli interessi dei terzi, mentre non può mai determinare un accordo modulato unicamente sulla soddisfazione dell'interesse del singolo.

L'interesse pubblico urbanistico deve sempre e comunque prevalere: solo così gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche possono aspirare ad essere un vero strumento di rafforzamento della competenza pianificatoria, consentendo di rendere più complementare l'interesse privato a quello pubblico, ma non viceversa.

Questa considerazione ci porta a rigettare anche la più specifica configurazione di contratto a prestazioni corrispettive. Non si può ridurre il tutto ad uno sterile *do ut des*: il Comune si impegna ad una variazione della disciplina urbanistica e, a fronte dell'approvazione di questa, il privato si obbliga a versare denaro o a realizzare opere pubbliche.

E di ciò, sul piano comparato, fa oggetto specifico di avvertimento non solo il *Conseil d'Etat* francese, che, come visto, parte da un'impostazione intransigente rispetto al fenomeno, ma anche lo stesso legislatore autonomo spagnolo.

Sono *nullos de pleno derecho* quei *convenios urbanísticos de planeamiento* che riversino in un puro scambio contrattuale, vincolante per le parti, l'esercizio dello *ius variandi* e l'esecuzione di prestazioni di fare o di dare del privato.

Il vantaggio economico-patrimoniale del Comune non è elemento essenziale dell'accordo, al più può essere un fattore ulteriore e rafforzativo dell'opportunità amministrativa. Non si può ricorrere all'accordo urbanistico per il solo fatto che, in tal modo, il privato contraente si obbliga a versare una somma rilevante o a costruire un'opera pubblica. Con un simile accordo, infatti, si contrattualizzerebbe l'interesse pubblico urbanistico, trovando soddisfazione unicamente l'interesse del privato, in virtù della sua capacità economica e in violazione dei principi costituzionali di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di imparzialità della p.a. (art. 97 Cost.).

Quale che sia la modalità di esercizio del potere, questo abbisogna pur sempre di saldi sostegni e delle rigide regole dell'azione amministrativa.

Il potere non può rimanere svilito nel libero gioco delle forze contrattuali. Non è ammissibile il mercimonio dell'interesse pubblico. L'accordo, in una parola, non può prescindere dalla disciplina del potere amministrativo.

Di qui la decisa convinzione che sia preferibile una connotazione integralmente pubblicistica per gli accordi amministrativi.

Nessuna *mistica del consenso*, dunque. Ed infatti, ancorché l'accordo abbia la capacità di spostare la pubblica amministrazione verso più consapevoli posizioni democratiche, propende anch'esso verso un orizzonte ricco di insidie.

Siamo partiti, del resto, analizzando la dottrina, italiana e tedesca, che ragionava attorno al contratto di diritto pubblico per superare il rapporto gerarchico tra Stato e suddito, certamente non più concepibile in uno Stato di diritto liberale.

Oggi gli assetti giuridici, economici e sociali sono mutati considerevolmente, e con essi anche le ragioni del ricorso alla consensualità: la logica democratica della legittimazione del potere cede spesso all'ottica efficientista dell'amministrazione di

risultato, mentre le dinamiche partecipative legittimate dalle Costituzioni moderne soccombono dinanzi alle esigenze economiche imposte da una nuova crisi.

E l'accordo amministrativo da strumento per spiegare un'amministrazione paritaria e più democratica è diventato un istituto che si lega anche a fenomeni di scarsa tenuta delle istituzioni, ad episodi corruttivi e di *maladministration*, che richiamano sempre più l'attenzione del giudice penale.

Se dunque la vocazione egoistica ed individuale, sottesa inevitabilmente al rapporto bilaterale, non è eliminabile, nondimeno un'ambientazione integralmente pubblicistica ed una lettura costituzionalmente orientata del principio di consensualità inducono a ritenere che, secondo un processo osmotico, se il pubblico cede al privato, il privato deve aprirsi al pubblico.

E tornano ad essere quanto mai attuali le considerazioni di P. Bodda a proposito della causa nel contratto di diritto pubblico, nel quale il «singolo assume l'interesse pubblico e gli fa posto nella proprio manifestazione di volontà, così come l'amministrazione che è la sola competente a valutarlo, lo ha determinato».

Torniamo a ribadirlo. Nella relazione consensuale, il singolo compie la propria prestazione per ottenere una decisione favorevole e vantaggiosa per i propri interessi. L'amministrazione, invece, non emana il provvedimento per ottenere la controprestazione del privato, pena un sicuro sviamento di potere, ma per perseguire l'interesse pubblico cui il potere resta finalizzato.

Nell'esercizio della discrezionalità che la legge le conferisce, l'amministrazione ha la possibilità di stabilire il modo migliore attraverso cui soddisfare l'interesse pubblico. Ecco l'unico spazio che può riconoscersi agli accordi amministrativi: conseguire la prestazione del privato per la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico, secondo le modalità consensualmente definite nell'accordo.

Proprio questa necessaria presa d'atto delle problematiche inevitabilmente connesse alla negoziazione pubblico-privato, ci ha indotti a prefigurare, a conclusione del lavoro ed a valorizzazione ultima delle esperienze straniere, un possibile nuovo modello per spiegare e rendere giustificabile il ricorso agli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche.

De jure condendo, e in attesa di positivi esiti del nuovo disegno di legge in materia di principi fondamentali del governo del territorio, che riconosce ancora una volta cittadinanza giuridica al principio di consensualità e demanda alle regioni la disciplina di dettaglio degli accordi "a monte", si propone quindi una qualificazione giuridica alternativa di questi ultimi, in termini di accordi normativi, facendone derivare le necessarie conseguenze in punto di disciplina sia dell'atto, sia del rapporto, che del procedimento.

Partendo dagli iniziali lavori della Commissione Nigro, ove il principio di consensualità veniva declinato in quattro distinte tipologie di accordi tra pubblica amministrazione e privati, si è inteso soffermare la nostra attenzione proprio su

quell'unica ipotesi che, benché diffusa nella prassi, non superò lo scoglio dell'approvazione del d.d.l. in seno al Consiglio dei Ministri.

Ravvisata l'essenza di tali fattispecie, secondo le interpretazioni che della norma furono date, in vere e proprie forme di negoziazione del potere *lato sensu* normativo, riscontrata la loro presenza non solo nel diritto interno, ma anche nel diritto comparato ed in quello comunitario, si è inteso proporre simile qualificazione proprio per gli accordi "a monte".

Trattandosi infatti di accordi volti alla definizione del contenuto non di un provvedimento amministrativo, bensì di un piano urbanistico, alternativamente inteso dalla dottrina come un regolamento o come un atto amministrativo generale, riteniamo che proprio per questo motivo, gli accordi di pianificazione, benché espressione del principio di consensualità *ex art. 11*, non si identifichino esattamente con gli accordi amministrativi ivi previsti.

Si avvicinerebbero agli accordi integrativi, in particolare, per la necessaria collocazione procedimentale, ma ne divergerebbero per l'assenza di vincolatività.

Gli accordi "a monte" potrebbero, a nostro giudizio, essere intesi allora come accordi procedurali a carattere preparatorio, a natura non vincolante, e produttivi di effetti solo per il tramite di una valutazione discrezionale dell'amministrazione competente, che, accogliendo la proposta normativa convenzionata, li integra nell'atto-fonte, il piano urbanistico.

La costruzione – alternativa a quella proposta nella disciplina regionale di riferimento (Emilia Romagna e Veneto), basata sulla condizione sospensiva dell'efficacia di accordi amministrativi vincolanti *ab origine* – potrebbe avere il pregio di rendere immediatamente percepibile agli operatori la valenza non cogente della pattuizione, la cui efficacia resta subordinata ad un insopprimibile momento di libertà dell'amministrazione, nell'esercizio del potere discrezionale di conformazione dei suoli e della proprietà privata.

Fino a quel momento il privato disporrebbe quindi di un'aspettativa solo generica, non differenziata rispetto a quella di ogni altro proprietario che aspiri ad una utilizzazione più proficua dei suoli. Unico obbligo configurabile in capo al soggetto pubblico, come conseguenza della stipula, sarebbe perciò quello di motivare in maniera puntuale e precisa le ragioni dell'eventuale mancato recepimento nel piano approvato.

Ne discenderebbe anche la nullità di quegli accordi che obbligassero l'amministrazione a recepire la disciplina urbanistica convenzionalmente definita nel piano urbanistico. Ciò che trova esatto corrispondente nelle soluzioni offerte dalla legislazione spagnola e dalla giurisprudenza francese.

La declinazione procedimentale che di questa fattispecie si offre, inoltre, valorizzerebbe il momento partecipativo della collettività, in funzione di verifica preventiva e di controllo democratico dell'accordo pubblico-privato da parte della popolazione. Sarebbe, così, possibile verificare quali opere di urbanizzazione siano davvero necessarie, corrispondendo a specifiche esigenze della comunità, ed al

contempo quali obblighi, in termini per lo più di volumi edificatori, invece, l'amministrazione si è disposta ad assumere.

In tal modo verrebbero soddisfatte anche esigenze di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, rafforzate, per altro verso, attraverso il condizionamento degli esiti della consultazione pubblica sulle successive determinazioni amministrative.

Per concludere, l'urbanistica consensuale non può risolversi nell'abbraccio del mercato con le scelte assunte come pubbliche dall'amministrazione locale, ma deve richiedere anche momenti di controllo sui termini di uno scambio, pur sempre funzionalizzato alla cura dell'interesse pubblico, anche da parte della stessa cittadinanza.

E gli accordi "a monte" possono allora essere giustificati solo se assumono in sé anche il criterio del procedimento altamente partecipato.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

ITALIA (PARTE I E IV)

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

ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1971;

ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;

AMADEI P., CROCI E., PESARO G., *Nuovi strumenti di politica ambientale. Gli accordi volontari*, Franco Angeli, Milano, 2004;

AMIRANTE C. (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1993, p.115 e ss.

AMOROSINO S., *Depianificazione urbanistica e frammentazione degli interessi e dei poteri*, in *RGE*, 5, 2012, p. 139 e ss.;

AMOROSINO S., *Il T.a.r. Lazio legittima il maxi vincolo paesaggistico sull'Agro Romano (Nota alle sentenze n. 33362, 33363, 33364, 33365 del 2010)*, in *RGE*, 5, 2011, p. 187 e ss.;

AMOROSINO S., *L'utilizzazione di strumenti contrattuali negli interventi complessi di organizzazione del territorio*, in *RGE* 1, 2012, p. 3 e ss.;

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, Vol. III, 1938, p. 455 e ss.;

ASSINI N., *La gerarchia degli interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica, in Gerarchia e coordinamento degli interessi e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, Atti del XXXVII Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione (Varenna, 19-21 settembre 1991), Milano, 1994, p. 93 e ss.;

BADURA P., *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 31 e ss.;

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;

BARNES J., *Toward a third generation of administrative procedure*, in S. ROSE-ACKERMAN, P.L. LINDESTH, *Comparative administrative Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, p. 336 e ss.;

BARONE A., *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Cacucci Editore, Bari, 2013;

BARONE G., *L'intervento del privato nel procedimento*, Milano, Giuffrè, 1969;

- BARTOLINI A., *Il piano regolatore comunale, Commento all'art. 7, L. 17.8.1942, n. 1150*), in BATTINI S., CASINI L., VESPERINI G., VITALE C. (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, UTET Giuridica, 2013 ;
- BARTOLINI A., *Questioni problematiche sull'efficacia giuridica della pianificazione strutturale ed operativa*, in *Riv. Giur. Urb.*, 3, 2007, p. 262 e ss.;
- BASSI N., *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Giuffr , Milano, 2004;
- BASSI N., *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in SANDULLI M.A., *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffr , Milano, 2011, p. 563 e ss.;
- BATTINI S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 47 e ss.;
- BATTINI S., CASINI L., VESPERINI G., VITALE C. (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, UTET Giuridica, 2013;
- BELLOMIA S., *Gli accordi di copianificazione urbanistica nella legislazione regionale*, in *RGE*, 4-5, 2008, p. 105 e ss.;
- BENADUSI L., *Attivit  di finanziamento pubblico: aspetti costituzionali e amministrativi*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1966, p. 890 e ss.;
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1987;
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 e ss.;
- BENVENUTI F., *La discrezionalità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1986;
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975;
- BENVENUTI L., *Dell'autorit  e del consenso*, in *Diritto e amministrazione, itinerari di storia del pensiero*. Giappichelli, Torino, 2011;
- BENVENUTI, F. *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Dir. ed Econ.* 2002, p. 138 e ss.;
- BERGONZINI G., *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, *Dir. amm.* 2, 2000, p. 187 e ss.;
- BERGONZINI G., *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1979;
- BERTI G., *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Vol. II., Milano Giuffr , 1988;
- BERTI G., *Impiego pubblico, contrattazione e tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva*, Atti del XXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Giuffr , Milano, 1980, p. 268 e ss.;
- BERTI G., *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Diritto pubblico*, 2, 1996, p. 273 e ss.;
- BERTI, G. *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Diritto Pubblico*, 2/1996, p. 273 e ss.;
- BERTI, G. *Stato di diritto informale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1/1992, p. 3 e ss.;
- BERTOLI R., *Convenzioni urbanistiche, accordi amministrativi ed esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. innanzi al g.a.. Nota a Cons. St., A. Plenaria., 16 aprile/20 luglio 2012, n. 28*, in *RGU*, 1-2/2013, p. 28 e ss.;
- BODDA P., *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937;

- BODDA P., *La nozione di “causa giuridica” della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933;
- BOMBARDELLI, M., *Decisione e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell’interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996;
- BORSI U., *L’atto amministrativo complesso*, Torino, 1903;
- BORSI U., *Le funzioni del Comune italiano*, in *Trattato Orlando*, II, Milano, 1915, p. 25 e ss.;
- BOSCOLO E., *Le perequazioni e le compensazioni*, in *RGU*, 1, 2010, p. 10 e ss.;
- BRANDILEONE F., *Fonti normative del parastato*, in *Cons. St.*, 1977, p. 585 e ss.;
- BREGANZE M., *La nuova pianificazione urbanistico-territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2, 2005, p. 210 e ss.;
- BRUTI LIBERATI E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Giuffré, Milano, 1996;
- BUOSO E., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell’attività amministrativa*, CEDAM, 2012;
- BUOSO, E., *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici*, in *RGU*, 3, 2008, p. 356 e ss.;
- CACCIAVILLANI I., *L’ultimo tabù dell’urbanistica: la perequazione*, in *RGE*, 1, 2010, p. 867 e ss.;
- CALEGARI A., *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p.r.g.*, in *Riv. Giur. Urb.*, 4, 2005, p. 157 e ss.;
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1919;
- CAMMEO F., *I monopoli comunali*, in *Arch. Giur.*, 1896;
- CAMMEO F., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. (Contratto di diritto pubblico)*, in *Giur. It.*, 1900, parte IV;
- CANDIAN A., GAMBARO G., *Le convenzioni urbanistiche*, Giuffré, Milano, 1992;
- CANGELLI F., *Piani strategici e piani urbanistici. Metodi di governo del territorio a confronto*, Giappichelli, Torino, 2012;
- CANGELLI F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Giuffré, Milano, 2004;
- CANNADA BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.)*, ad vocem, in *Enc. Dir.*, XXII, 1972, p.2 e ss.;
- CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Giuffré, Milano, 1964;
- CANTUCCI M., *L’attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941;
- CARANTA R., *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 4/2013, p. 388 e ss.;
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, in G. Morbidelli, F. R. Monaco, F. G. Scoca (a cura di) *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli, Torino, 2012;
- CARDI E., *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, vol. I, Rimini, Maggioli, 1983;
- CARDI E., *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Foro amm.*, 1989, p. 864 e ss.;
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike giuridica, 2010, p. 1312 e ss.;

- CARNELUTTI F., *Contratto e diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, p. 659 e ss.;
- CAROLI CASAVOLA H., *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffr , 2012;
- CASALIN A., *Licenze edilizie, limitazioni urbanistiche e diritti dei terzi*, Arti grafiche delle Venezie, Vicenza, 1957;
- CASINI L., *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Giuffr  Editore, Milano, 2005;
- CASINI L., *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1,2007, p. 43 e ss.
- CASSESE S., *Il privato e il procedimento*, in *Arch. giur.*, 1-2, 1970, p. 25 e ss.;
- CASSESE S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino,1983;
- CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2001, p. 601 e ss.;
- CASSESE S., *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffr , 1974;
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Einaudi, 1983;
- CASSESE S., *Le droit puissant et unique de la societ : paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2009, p. 879 e ss.;
- CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2, 2000 p. 389 e ss.;
- CASSESE S., *Tendenze e problemi nel diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4, 2004, p. 901 ss.;
- CASSESE, S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2006 (I versione) e 2013 (II versione);
- CASSESE, S., *La nascita dello Stato amministrativo in Europa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, n. 4, 2010, p. 981 e ss.;
- CASSESE, S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche- Saggio di diritto comparato*, www.irpa.eu;
- CASTIELLO F., *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 124 e ss.;
- CAVALLO B., *Procedimento amministrativo e attivit  pattizia*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000.
- CERULLI IRELLI V., *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, p. 386 e ss.;
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e pluralit  delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2,2012, p. 436 e ss.;
- CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino 2011;
- CERULLI IRELLI V., *Diritto privato dell'Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2008;
- CERULLI IRELLI V., *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Editrice Itlica, Pescara, 1979;
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013;
- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attivit  amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. Amm.*, 2, 2003, p. 218 e ss.
- CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in *Giust. amm.*;

- CERULLI IRELLI, V., *Il negozio come strumento dell'azione amministrativa*, in www.giustamm.it;
- CHEVALLIER J., *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, 1970.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, ESI, Napoli, 2006, p. 115 e ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997
- CIVITARESE MATTEUCCI S., D'ANGELOSANTE M., *Governo del territorio e pianificazione urbanistica*, in VANDELLI L., BASSANINI F., *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2012, p.171 e ss.;
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in PUGLIESE F. e FERRARI E. (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, Giuffrè, Milano, 1999, p. 163 e ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Sulla dinamica degli interessi pubblici nella pianificazione urbanistica*, in *Riv. Giur. Edil.*, II, 1992, p. 155 e ss.;
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi*, CEDAM, Padova, 1999;
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, ESI, Napoli, 2003;
- COCCONI M., *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, 3, 2009, p. 707 e ss.;
- COGNETTI S., *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia in Germania*, Perugia, 1987;
- COMPORI G. D., *Il coordinamento infrastrutturale: tecniche e garanzie*, Giuffrè, Milano, 1996;
- CONTIERI A., FRANCARIO F., IMMORDINO M., ZITO A. (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di Editoriale Scientifica, Napoli, 2010;
- CONTIERI A., *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2000;
- CORSO G., *L'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1999;
- CORSO G., *Procedimenti di programmazione e comparazione di interessi*, in *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli*, Atti del XXXIV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 22-24 settembre 1988), Milano, 1991, p. 207 e ss.;
- CROSETTI A., *La semplificazione procedimentale nel governo del territorio: conferenze e accordi di copianificazione*, in *RGU*, 1-2, 2012, p. 343e ss.;
- CUDIA C., *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2008, p. 263 e ss.;
- CUGURRA G., *Accordi di pianificazione territoriale e ambientale*, in *RGE*, p. 217 e ss.;
- CUNDARI, M. *Il principio di legalità e gli accordi amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2011, p. 637 e ss.;
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4/2012;
- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981;

- D'AMELIO M., ROMANO S., *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, pp. 181 ss.;
- D'ANGELOSANTE M., *Strumenti perequativi e compensativi. Commento all'art. 1, 258° e 259°co. L. 24.12.2007, n. 244*, in BATTINI S., CASINI L., VESPERINI G., VITALE C. (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, UTET Giuridica, 2013, p. 791 e ss.
- D'AURIA, G. *Autorità e contratto nell'amministrazione italiana, oggi in Politica del diritto*, a. XXIX 2/1998, p. 201 e ss.
- DE DONNO M., *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *RGE*, 5, 2010, p. 279 e ss.;
- DE DONNO M., *L'accord comme issue de la procédure administrative*, in J.-B. AUBY, T. PERROUD (dir.), *La codification de la procédure administrative en droit comparé*, Bruylant, à paraître;
- DE MICHELE A., *Gli accordi in materia ambientale*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 135 e ss.;
- DE PAOLIS S., *Riflessioni in tema di trasferimenti di volumetria*, in *RGE*, 5, 2011, p. 119 e ss.;
- DE SIERVO U. *Norme secondarie e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1992;
- DE SIERVO U. (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione – profili comparatistici*, Il Mulino, Bologna, p. 281 e ss.;
- DE VALLES A., *Concessione di pubblici servizi, ad vocem*, in *Nuovo Dig. it.*, 1938. p. 580 e ss.;
- DE VALLES A., *Diritto amministrativo*, II, Napoli, 1934;
- DE VALLES A., *La validità degli atti amministrativi*, Napoli 1917;
- DE VALLES A., *Regolamenti ministeriali ed ordinanze generali*, in *Foro It.*, 1951, IV, p. 97 e ss.;
- DE VALLES A., *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, in *Dir. e Giur.*, XXVI, n. 18-22., 1912, p. 73 e ss.;
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000;
- DI LASCIO F., *Il decreto del "Fare": il rilancio dell'economia*, in *Gior. dir. amm.*, 12/2013, p. 1143 e ss.;
- DOMENICHELLI V., *Gli elementi caratterizzanti della Legge Regionale del Veneto 23 aprile 2004, n.11*, in *Nuova rass.*, 5, 2006, p. 499 e ss.;
- DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, in *Arch. giur.* LXXI, 1, 1903, pp.3-105;
- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffré Editore, 1996;
- DUGATO M., *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in MATTEUCCI S.C., DEL FEDERICO L., *Azione amministrativa e azione impositiva tra autorità e consenso*, FrancoAngeli, Milano, 2010;
- DURET P., *Gli accordi «novativi» della procedura: le decisioni con impegni nella disciplina antitrust*, in CORLETTI D. (a cura di), *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisioni*, ESI, 2012, p. 35 et ss.;

- FALCON G., *Convenzioni e accordi amministrativi – I) Profili generali*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1998, p. 3-4.
- FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Giuffré, Milano, 1984;
- FALCON G., MARCHETTI B., (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di Trento 7-8 giugno 2012, Padova, CEDAM, 2013;
- FARÌ A., *La pubblicità degli atti di governo del territorio e delle informazioni ambientali*, in PONTI B. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n.33: analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, p. 307 e ss.;
- FERRARA E. (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, 2003.
- FERRARA R., *Gli accordi di programma*, CEDAM, Padova, 1993.
- FERRARA R., *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffré, 1985.
- FERRARA R., *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Disc. Pubbl. (ad vocem)*, Torino, 1993, IV ed., Vol. VIII, p. 550:
- FIALE A., *Diritto Urbanistico*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2006
- FLAMME P., *Belgique*, NOGUELLOU R., STELKENS U. (sous la direction de), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2010, p. 401 e ss.
- FOLLIERI E., *Contributo allo studio della dinamica della pianificazione urbanistica*, Chieti, 1986;
- FOLLIERI E., *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in G. CAIA (a cura di), *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e le pianificazioni di settore* in Quaderni della Spisa, Maggioli, Rimini, 2001, p. 55 e ss.
- FORSTHOFF E., *La Repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 1956, p.547 e ss.;
- FORSTHOFF E., *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, I, München, 1950.
- FORSTHOFF E., *Stato di diritto in trasformazione*, trad. it. Milano, Giuffré, 1973;
- FORTI U., in *Diritto Amministrativo II*, Napoli, 1945, p. 82 e ss;
- FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV:
- 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;
- FROMONT M., *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2006 ;
- FROMONT M., *La répartition des compétences entre les tribunaux administratifs en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1960 ;
- GALLETTO T., *Convenzioni urbanistiche*, in *Dig. Disc. Priv., sezione civile (ad vocem)*, Torino, 1989, vol. IV, p. 359 e ss.;
- GALLETTO T., *Convenzioni urbanistiche*, in *Dig. Disc. Priv., sezione civile (ad vocem)*, Torino, 1989, vol. IV, p. 359 e ss.;
- GALLO M., *Contratto di diritto pubblico, ad vocem*, in *Nov.mo Dig. It.*, 1959, p. 645 e ss.
- GALLO M., *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 114 e ss.
- GALLO M., *Sul così detto contratto di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, I, p. 579 e ss;

- GAMBARO A., *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *RGE*, 1, 2010, p. 3 e ss;
- GHISALBERTI C., *Per la storia del contenzioso amministrativo nel regno meridionale*, in *Contributi alla storia delle amministrazioni preunitarie*, Milano, Giuffrè, 1963;
- GIACCHETTI S., *Gli accordi dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 513 e ss.;
- GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della P.A.*, Milano, Giuffrè, 1939;
- GIANNINI M. S., *Atto amministrativo, ad vocem*, in *Enc. giur.*, IV, 1959, p 191 e ss.;
- GIANNINI M. S., *Carattere delle costituzioni moderne*, in A.N.P.P.I.A.(a cura di), *La Costituzione italiana*, Milano, 1978, p.68 e ss.
- GIANNINI M. S., *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967;
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970;
- GIANNINI M. S., *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, p. 389 e ss;
- GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981;
- GIANNINI M.S., *Diritto Amministrativo*, III ed., Giuffrè, Milano,1993;
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*,1963, p. 522 e ss., e ora in *Scritti*, Volume V (Scritti 1963-1969), Giuffrè, Milano, 2004, p. 225 e ss.;
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano 1939;
- GIANNINI M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962;
- GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970;
- GIANNINI M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro It.*, 1953, III, 9e ss.;
- GIANNINI M.S., *Sull'imputazione dei piani regolatori*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, p. 882 e ss.;
- GIANNINI M.S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, , XXVII, Milano, 1977, p. 257 e ss.;
- GIANNINI, M. S., *Pianificazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, 1983;
- GIORGI G., *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, Firenze, 1889;
- GRAUSO P., *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Giuffrè, Milano, 2007;
- GRAZIOSI B., *Figure polimorfe di perequazione urbanistica e principio di legalità*, in *RGE*, 4-5, 2007, p. 147 e ss.;
- GRECO G., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, vol. 3, 2002;
- GRECO G., *Attività consensuale dell'amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. economia*, 2002, p. 457 e ss.;
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. COCA, F.R. MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, p. 37 e ss.;

- GRECO G., *I contratti della pubblica amministrazione tra pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1986;
- GUALANDI F., *Dallo “jus aedificandi” allo “jus restituendi” (inteso come diritto di recuperare, rigenerare e sostituire l’esistente). Riflessioni sulla rigenerazione urbana*, in *Lexitalia.it*.
- GUALANDI F., *Gli accordi nell’urbanistica negoziale con particolare riferimento all’art.18 della Legge regionale dell’Emilia Romagna n. 20/2000*, in *Lexitalia.it*.
- GUALANDI F., *L’accordo di programma nella disciplina urbanistica*, in *RGE*, 2002, p. 27e ss.;
- GUARINO G., *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro It.*, 1953, I, 535 e s.;
- GUICCIARDI, E. *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 221 e ss.
- GULLO F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965;
- IANNOTTA L., *L’adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Giust. amm*
- IPSEN H.P., *Öffentlicher Subventionierung Privater*, Berlin- Köln, 1956;
- JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, I ed. Tübingen, 1892;
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto* (1960), tra. it. Torino, Einaudi, 1975, p. 186; 278 e ss.; 332 e ss.;
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. Milano, Etas Libri, 1963;
- KELSEN H., *Zur lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1913;
- KHABRIEVA T. I., MARCOU G. (sous la direction de), *Les procédures administratives et les contrôles à la lumière de l’expérience européenne en France et en Russie*, Société de législation comparé, 2012 ;
- LABAND P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, V ed., Tübingen, 1911;
- LAYER M., *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag*, Graz und Leipzig, 1916, e a W. APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag*, Leipzig, 1920;
- LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 1964, ed ora in *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova, 2002;
- LEDDA F., *Il contratto di diritto pubblico fra «amministrazione imperativa» e amministrazione paritaria: l’esperienza tedesca*, in C. AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell’azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1993, p.115 e ss.;
- LOLLI A., *L’amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna University Press, 2008;
- LOMBARDI P., *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2012;
- LOMBARDI P., *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati: la difesa del suolo quale archetipo di virtuose forme di cooperazione tra distinti ambiti di amministrazione*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1, 2010. p. 93 e ss.;
- LOSCHIAVO G. G., *Diritto edilizio*, Giuffrè, Milano, 1957;
- MACAREL L. A., *Des tribunaux administratifs, ou introduction à l’étude de la jurisprudence administrative*, Paris, 1928 ;
- MADERA A. E., *Il regime della circolazione dei titoli volumetrici derivanti da modelli perequativi*, in *RGU*, 3, 2012;

- MAGRI M., *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. urb.*, 4, 2004, p. 539 e ss.
- MALTONI A., *Il trasferimento dei diritti edificatori: profili pubblicistici*, in *RGU* 3, 2012, p. 532 e ss;
- MANFREDI G., *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati*, *Foro amm. CDS*, 1, 2007, p. 324 e ss.;
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo italiano*, Laterza, Bari, 2001;
- MANTELLINI G., *Lo Stato e il codice civile*, II, Firenze, 1882;
- MARCHETTI B., (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Atti del Convegno di Trento, 17 dicembre 2012, Padova, CEDAM, 2013;
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982;
- MASSERA A., *I contratti*, in S. CASSESE, *Trattato diritto amministrativo. Parte generale*, II ed., t. 2, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1549 ss.
- MASSERA A., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007, p.175 e ss.;
- MASSERA A., *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PPA.A, tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, University Press, 2011;
- MASUCCI A., *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Jovene Editore, Napoli, 1988;
- MATTARELLA B. G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2, 2013, p. 123 e ss.;
- MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, CEDAM, 2010;
- MATTARELLA B.G., *Motivazione (dir. com.)* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006;
- MAURER H., *Droit Administratif Allemande*, trad. par. M. Fromont, LGDJ, 1995;
- MAURO E., *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedurali*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2004, p. 554 e ss.;
- MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, München und Leipzig, 1917;
- MAZZARELLI V., *Convenzioni e accordi amministrativi – III) Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1998, p. 1 e ss.;
- MAZZARELLI V., *Le convenzioni urbanistiche*, in *Enc. dir. agg.* V, 2001;
- MAZZARELLI V., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XX, 1990;
- MAZZARELLI V., *Passato e presente delle pianificazioni*, in *Dir. amm.*, 3, 2007, p. 665 e ss.;
- MENGOLI G., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè editore, 2009;
- MENGOLI V., *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè Editore, 2003;
- MERCURIO B., *Interesse pubblico nella funzione di pianificazione*, p. 609 e ss. in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, ESI, 2010;

- MERLIN PH. A., *Questions de droit*, Bruxelles, 1825, *Acte administratif, ad vocem*, I, p. 148 e ss.;
- MERLIN PH. A., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4 éd., Paris, 1812, I, p. 72 e ss.;
- MERLONI F., *La convenzione edilizia*, in *Foro Amm.* 1970, p. 668 e ss.;
- MERLONI F., VANDELLI L., *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*. Passigli Editori, Firenze, 2010, p. 423 e ss.;
- MERUSI F., *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Giuffré, Milano, 1968;
- MERUSI F., *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. Amm.*, 2, 1993, p. 21 e ss.;
- MERUSI F., *Vicende e problemi della contrattazione collettiva nell'impiego ospedaliero*, in AA.VV., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva*, Atti del XXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, p. 42 e ss.;
- MERUSI, F. *Per il ventennale della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 4/2010, p. 939 e ss.;
- MESSINEO F., *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. dir.*, X, 1962, Giuffré, Milano, p. 116 e ss.
- MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1982;
- MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931;
- MORO, S. *Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche: spunti di riflessione*, in *Riv. Giur. Edil.*, 3-4/2010, p. 453 e ss.;
- MUREDDU F., *Spunti comparatistici in tema di perequazione urbanistica: note da un recente convegno*, in *Giust. amm.*;
- MUTI S., *Introduzione allo studio delle convenzioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1984;
- NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffré, Milano, 2007;
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2003;
- NIGRO M., *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali in Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati* (a cura di M. COSTANTINO), Milano 1978, e ora in *Scritti Giuridici*, T. II, Milano, Giuffré, 1996, p. 1307 e ss.;
- NIGRO M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, in *Dir.Proc. Amm.*, 1989, p. 5 e ss.;
- NIGRO M., *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni del Formez*, Roma, 1988, p. 86 e ss., e ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffré, 1996, p. 1932;
- NIGRO M., *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffré, 1964;
- NIGRO M., *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione*, in *Quad. Formez*, I, 1981, p. 21 e ss.;
- NIGRO, M. *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Scritti giuridici di M. Nigro*, Giuffré Milano, p. 1927 e ss.;
- NIGRO, M. *Il procedimento amministrativo*, in *Scritti giuridici di M. Nigro*, Giuffré, Milano, p. 2039 e ss.;

- OGGIANU S., *Gli accordi in materia ambientale*, in DELL'ANNO P., PICOZZA E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Cedam, Padova, 2013.
- ORLANDO V. E., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892;
- ORSI BATTAGLINI A., *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego. Pluralismo giuridico, separazione degli ordinamenti e forme di comunicazione*, Giuffrè, Milano, 1982;
- PACINOTTI G., *Saggio di studi su i negozi di diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1903, p. 185 e ss.;
- PAGLIARI G., *Corso di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, p. 223 e ss.
- PAGLIARI G., *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, in *Riv. Giur. Urb.*, 4, 2008, p. 455 e ss.;
- PAJNO A., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.* 3, 2010, p. 555 e ss.;
- PAJNO A., *Gli strumenti dell'amministrazione consensuale*, in BERTI G., DE MARTIN G.C., *Gli istituti della democrazia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 86 e ss.;
- PAJNO A., *L'amministrazione per accordi*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, ESI, Napoli, 1997;
- PALADIN L., *Diritto regionale*, Cedam, Padova, 1979;
- PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A. (a cura di), *Saggi critici sulla legge n.241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Giappichelli, Torino 2006;
- PAOLANTONIO, N. *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 3, 1996, p. 413 e ss.;
- PARENTE F., *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, E.S.I., Napoli, 2006;
- PASTORI G. *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in
- PASTORI G., *Accordo e organizzazione amministrativa*, in AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, Quaderni Regionali, Formez, Roma, 1988, p. 44 e ss.;
- PASTORI G., *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, Giuffrè Editore, 1990, p. 88 e ss.;
- PASTORI G., *La procedura amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1964;
- PASTORI, G., *Interesse pubblico e interessi pubblici fra procedimento, accordo e auto amministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, II, p. 1308 e ss.;
- PELLIZZER, F. *Le opere di urbanizzazione tra concorrenza e organizzazione del territorio*, Atti del XIII Convegno annuale AIDU- Trento, 8-9 ottobre 2010, *Giust. amm.*;
- PELLIZER F., *Accordi tra amministrazioni e tra amministrazioni e privati nel governo del territorio*. Report annuale – 2011 – Italia, disponibile su www.ius-publicum.it.
- PENSABENE LIONTI S., *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, Giappichelli, 2007;
- PERFETTI L. R., *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, CEDAM, Padova, 2008;
- PERICU G. *I procedimenti di massa*, in F. TRIMARCHI, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, Giuffrè Editore, 1990;

- PERICU G., *L'attività amministrativa consensuale*, in L. MAZZAROLI ed altri (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1993, p. 1703 e ss.;
- PERICU G., *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, Giuffré, Milano, 1967-1971;
- PERLINI, *La nuova legge urbanistica dell'Emilia Romagna(l.r. 24 marzo 2000, n. 20 e successive modificazioni ed integrazioni):profilo critici-ricostruttivi*, in *RGU*, 1-2/2005, p. 251 e ss.;
- PERONGINI S., *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Giuffré, Milano, 2005;
- PETERS H., *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Berlin, 1949;
- PICOZZA E., *Il piano regolatore generale urbanistico*, Cedam, Padova, p. 254;
- PIERONI S., *La c.d. urbanistica perequativa al vaglio del giudice penale. Nota a Corte d'Appello di Perugia, 8 settembre 2011*, in *RGU* 3, 2012;
- PIPERATA G., *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urb. App.*, 5, 2011, p. 508 e ss.;
- PIRAS, *Discrezionalità amministrativa, ad vocem*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, p. 79 e ss.;
- PIZZANELLI G., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Giuffré, Milano, 2010;
- PIZZI A., *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime giuridico applicabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 288 e ss.;
- PIZZORUSSO A., *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 57e ss.;
- POLICE A., *I patti territoriali: un nuovo modello convenzionale per le amministrazioni locali*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Tremezzo, 19-21 settembre 1996), Giuffré, Milano, 1997, p. 429 e ss.;
- POLICE A., *Gli strumenti di perequazione urbanistica. Magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *RGE*, 1, 2004, p. 3 e ss.;
- POLICE, A. *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997;
- PONTI B. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n.33: analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013;
- PORTALURI P., *La partecipazione dei privati al procedimento di formazione del piano*, www.giustizia-amministrativa.it;
- PORTALURI P.L., *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Jovene, Napoli, 2003;
- PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1904;
- PUGLIESE F. e FERRARI E.(a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, Milano, Giuffré Editore, 1999;
- PUGLIESE F., *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1469 e ss.;

- PUGLIESE, F. *Risorse finanziarie, contestualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in PUGLIESE F. e FERRARI E.(a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, Milano, Giuffrè Editore, 1999, p. 69 e ss.;
- QUAGLIA M. A., *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Giappichelli, Torino, 2000;
- QUARANTA A., *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 Settembre 1986, Giuffrè, Milano, 1989, p. 194.
- RAGAZZO M., *Scelte di pianificazione urbanistica e obbligo di motivazione*, in *Urb. App.*, 1, 2005, p. 60 e ss.;
- RAGGI L., *Sull'atto amministrativo (concetto, classificazione, validità)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, p. 168 e ss.;
- RAINALDI L., *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, p. 1419 e ss.;
- RANELLETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, Parte IV, p. 369 e ss.;
- REIMANN, M., ZIMMERMANN R. (edit.), *Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006;
- RESCIGNO G. U., *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sent. n.591 del 1988 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 2749 e ss.;
- RESCIGNO G. U., *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Gir. Cost.*, 1988, p. 1494 e ss.;
- ROMAGNOSI G., *Principii fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Firenze, 1832;
- ROMANO A., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva: aspetti pubblicistici*, *ivi*, p. 189 e ss.
- ROMANO S. A., *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1979;
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930;
- ROMANO S., *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società editrice libraria, 1901;
- ROMANO TASSONE A., *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLI ed altri (a cura di) *Diritto Amministrativo*,
- ROMANO TASSONE A., *La normazione secondaria*, in MAZZAROLI L. e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2001, p. 183 e ss.;
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987;
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 683 e ss.;
- ROSSI F.P., *La contrattazione collettiva nel parastato*, Cedam, Padova, 1978;
- ROSSI, G. *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, 2011;
- SABBATO G., *La perequazione urbanistica*, relazione al Convegno di Studi di Salerno, 20 novembre 2009, *Attività edilizia fra governo del territorio e tutela paesaggistica e ambientale*;

- SALA G., *Accordo sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir.proc.amm.*1992, p. 233 e ss.;
- SALANDRA A., *La giustizia amministrativa nei governi liberali*. Torino, 1904;
- SALVIA F., *Manuale di diritto urbanistico*, Cedam, Padova, 2008;
- SALVIA F., *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2012, p. 426 e ss.;
- SALVIA F., TERESI F., *Diritto urbanistico*, VII ed., Padova, 2002;
- SANDULLI A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1940;
- SANDULLI A. M., *Precisazioni in tema di atti normativi ed atti applicativi della Pubblica Amministrazione*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972, III, 1515 e ss.;
- SANDULLI A. M., *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963, p. 8 e ss.;
- SANDULLI A. M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro It.*, 1953, 217 e ss.;
- SANDULLI A.M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1954;
- SANTANIELLO G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963;
- SANTILLI M., *Il diritto civile dello Stato (momenti di un itinerario tra pubblico e privato)*, Milano, Giuffrè, 1985;
- SANVITI G., *Convenzioni e intese nel diritto pubblico. Strutture e tipi*, Milano, Giuffrè, 1978;
- SANVITI G., *Gli accordi tra lo Stato e le imprese nel quadro della contrattazione programmata*, Giuffrè, Milano, 1974;
- SATTA F., *La riforma della l. 241/1990: tra dubbi e perplessità*, in *Giust.amm.*;
- SAVATTERI A., *La cessione di cubatura alla luce delle ultime pronunce del Consiglio di Stato e delle recenti norme in materia di trascrizione*, in *Urb. App.*, 4, 2013, p. 377 e ss..
- SCHRÖDER M., *Administrative law in Germany*, in R. SEERDEN, F. STROINK, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative analysis*, Intersentia, 2002;
- SCIULLO G., *Accordi e conferenze di servizi nella legge sul governo del territorio dell'Emilia Romagna*, in *Lexitalia.it*.
- SCIULLO G., *Potere regolamentare, potere «pararegolamentare» e pubblica amministrazione: gli orientamenti del giudice amministrativo dopo la L. 400/1988*, in *Le Regioni*, 1993, p. 1277 e ss.;
- SCIULLO G., *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2007, p. 814 e ss.;
- SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014;
- SCOCA F. G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo* Giuffrè, Milano, 1990;
- SCOCA F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano;
- SCOCA F. G., *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 1989, p. 549 e ss.;
- SCOCA F.G., *La discrezionalità nel pensiero di Giannini*, in *Vita ed opere di Massimo Severo Giannini*, in *Riv.trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1045 e ss..
- SCOCA F.G., *Tra autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 3,2002, p. 452 e ss.;

- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 41 e ss.;
- SCOCA, F.G. *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1999, II, p. 1261 e ss.;
- SCOGNAMIGLIO A., *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1983, p. 301 e ss.;
- SEERDEN R., STROINK F., *Administrative Law in the Netherlands*, in SEERDEN R., STROINK F., *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative analysis*, Intersentia, 2002;
- SEPE O., voce *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961;
- SERRANI D., *Lo Stato finanziatore*, Angeli, Milano, 1971;
- SIMONATI A., *La partecipazione dei privati alla pianificazione urbanistica: il modello dell'inchiesta e le suggestioni provenienti dai sistemi europei*, in *RGU*, 1-2, 2012, p. 321 e ss.;
- SOLLINI M., *La pianificazione urbanistica regionale allo specchio: profili comparativi sintetici e linee evolutive*, in *Riv. Giur Urb.* 4, 2008, pagg. 507 e ss.;
- SORACE D., *Accordi amministrativi e accertamento con adesione*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2009, p. 135 e ss.;
- SORACE D., MARZUOLI C., *Concessioni amministrative*, in *Dig. Pubbl.*, III, 1989, p. 581 e ss.
- SORDI B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto*, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 483 e ss.;
- SORDI B., *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Giuffrè, 1987;
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, ESI, Napoli, 1964;
- STELKENS U., SCHRÖDER H., *Allemagne/Germany*, in NOGUELLOU R., STELKENS U. (sous la direction de), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2010;
- STELKENS U., SCHRÖDER H., *Allemagne/Germany*, in R. NOGUELLOU, U. STELKENS (sous la direction de), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant;
- STELLA RICHTER P., *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di G. Guarino), I, Milano, Giuffrè, 1986, p. 396 e ss.;
- STELLA RICHTER P., *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, II, p. 461 e ss.;
- STELLA RICHTER P., *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, II, p. 461 e ss.;
- STELLA RICHTER P., *La perequazione urbanistica*, in *RGE*, 2, 2005, p. 169 e ss.;
- STELLA RICHTER P., *Necessità e possibilità della pianificazione urbanistica.*, in PUGLIESE F. e FERRARI E. (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, Milano, Giuffrè Editore, 1999, p. 83 e ss.;
- STELLA RICHTER P., *Profili funzionali dell'urbanistica*, Giuffrè, Milano, 1984;

- STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè Editore, 1992;
- STICCHI DAMIANI E., *Disciplina del territorio e tutele differenziate: verso un'urbanistica "integrale"*, in E. FERRARI (a cura di), *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 145 e ss.;
- TESAURO A., *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1961, p.3 e ss.;
- TIGANO F., *Gli accordi procedurali*, Giappichelli, Torino, 2002;
- TORRICELLI S., *Les limites à l'utilisation des instruments contractuels dans l'activité administrative*, in NOGUELLOU R., STELKENS U. (sous la direction de), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2010, p. 127 e ss.;
- TRIMARCHI BANFI F., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 35 e ss.;
- TRIMARCHI F. (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, Giuffrè Editore, 1990;
- TRIMARCHI V. M., *Accordo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I,1958, p. 297 e ss.;
- TUBERTINI C., *Gli atti di determinazione di aliquote d'imposta e di discusso limite tra atti normativi ed atti amministrativi generali*, in *Giur. It.*, 1998,p. 1275 e ss.;
- TUBERTINI C., *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Dir.proc. amm.*, 4.1999, p. 1076 e ss.;
- TULUMELLO G., *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti dell'amministrazione per accordi*, in www.giust.amm.it;
- URBANI P., *Tutele differenziate e interessi antagonisti tra pubblici poteri*, in *Riv. giur. amb.*, 1, 2011, p. 138 e ss.;
- URBANI P., *Urbanistica, tutela del paesaggio e interessi differenziati*, in *Regioni*, 1986, p. 386 e ss.;
- URBANI P., *Ancora sui principi perequativi e sulle modalità di attuazione dei piani urbanistici*, in *RGU*, 2004, p. 509 e ss.;
- URBANI P., CIVITARESE MATTEUCCI S., *Diritto Urbanistico. Organizzazione e rapporti*,Giappichelli, Torino 2013;
- URBANI P., CIVITARESE MATTEUCCI S., *Verso l'urbanistica consensuale*, in CIVITARESE MATTEUCCI S. (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 5 e ss.;
- URBANI P., *Composizione di interessi plurimi e differenziati e pianificazione di bacino*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 331 e ss.;
- URBANI P., *Concertazione e perequazione urbanistica*, in *Atti del Convegno di Lisbona sulla perequazione urbanistica*, 15-18 giugno 2008, disponibile su www.pausania.it;
- URBANI P., *Dell'urbanistica consensuale*, in *RGU*, 1-2, 2005, p. 223 e ss.;
- URBANI P., *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1-2, 2005, p. 222 e ss.;
- URBANI P., *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *RGU*, 2002, p. 587 e ss.;

- URBANI P., *L'urbanistica*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*. Passigli Editori, Firenze, 2010, p. 423 e ss.;
- URBANI P., *La perequazione tra ipotesi di riforma nazionale e leggi regionali*, in *Edilizia e territorio. Commenti e norme*, 30, 2008; ID., voce *Urbanistica*, in *Enciclopedia Treccani*, Aggiornamento XVIII, 2009;
- URBANI P., *La ristrutturazione "leggera" nel Decreto del "Fare": evoluzione critica di un istituto controverso*, in www.pausania.it.
- URBANI P., *Le innovazioni in materia di edilizia privata nella legge 106 del 2011 di conversione del D.L. 70 13 maggio 2011. Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia*, su www.pausania.it;
- URBANI P., *Modeste proposte per favorire l'attuazione delle previsioni urbanistiche negoziate e superare (in parte) i fenomeni di concussione nella PA in materia di pianificazione urbanistica*, www.pausania.it.
- URBANI P., *Pianificare per accordi*, in *RGE.*, 4, 2005, p. 177 e ss.;
- URBANI P., *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell'azione amministrativa dopo le decisioni del Consiglio di Stato sul PRG di Roma*, in *Giust. amm.*;
- URBANI P., *Tutela del paesaggio: verso una disciplina negoziata tra Stato, Regioni (e autonomie locali)?* in *Le Regioni*, 6, 1999 fasc. p. 1123 e ss.;
- URBANI P., *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2, 2009;
- URBANI P., *Urbanistica Solidale*, *op. cit.*, in particolare, p. 133 e ss.;
- URBANI P., *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011;
- URBANI P., *Modeste proposte per favorire l'attuazione delle previsioni urbanistiche negoziate e superare i fenomeni di concussione/corruzione nella PA in materia di pianificazione urbanistica*, in *RGE* 1, 2012, p. 29 e ss.;
- VAIANO P., *Appunti in materia di convenzioni amministrative*, in *Studi per centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981, p. 645 e ss.;
- VAN HOECKE, M. (edit.), *Epistemology and Methodology of Comparative law*, Oxford and Portland Oregon, 2004;
- VANDELLI L., BASSANINI F., *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Il Mulino, Bologna, 2012;
- VANDELLI L., *L'attenzione per il diritto pubblico straniero*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2001, p. 1597 e ss.;
- VANDELLI L., *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1595 e ss.;
- VASTA S., *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, CEDAM, Padova, 2004;
- VASTA S., *Perequazione urbanistica giustizia distributiva*, in *RGU*, 2009, p. 356 e ss.;
- VIPIANA PERPETUA, M., *I procedimenti amministrativi, la disciplina attuale e i suoi aspetti problematici*, Padova, CEDAM, 2012;
- VIRGA P., *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 979 e ss.;
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, I principi*, Giuffrè, Milano, 2001;

- VIRGA P., *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1973;
- VIRGA P., *Il Provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972;
- VITTA C., *Diritto Amministrativo*, Torino, 1955 p. 395 e ss;
- WELBROECK D., *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?*, Collège d'Europe, Global Competition Law Centre Working Paper Series 1/08, disponible su https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/gclc_wp_01-08.pdf;
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950;

FRANCIA (PARTE II)

- ALBERTON, G. *Vers une inévitable refonte du droit français des contrats publics sous l'effet des exigences communautaires?*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 761 e ss.;
- ANTOINE, A. *L'intuitus personae dans les contrats de la commande publique*, in RFDA 2011 p. 879 e ss.;
- ASHER, F. *Les nouveaux principes de l'urbanisme, suivi de Lexique de la ville plurielle*, Ed. de l'Aube, La Tour-d'Aigues, 2010;
- ATIAS C. *Urbanisme et droit civil*, in A.J.D.A. 1993 p. 98 e ss.;
- AUBRY C., RAU C., *Droit civil français*, tome IV, 6 éd. Par Bartin, 1942;
- AUBY J.-B., *Contrats publics et urbanisme*, in *Revue Internationale de Contrats Publics*, 1 , 2013, p. 1 e ss.;
- AUBY J.-B., *La loi du 18 juill. 1985 sur l'aménagement urbain : genèse et lignes directrices*, RFDA 1986, p. 295 e ss.;
- AUBY J.-B., *La répartition des compétences*, in *Rev. adm.*, 1983, p. 176 e ss.;
- AUBY J.-B., *Partenariats public-privé et aménagement urbain*, in *Revue juridique de l'économie publique*, 697, 2012, étude 4 ;
- AUBY, J.-B. *Les problèmes posés par le développement du contrat en droit administratif comparé*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006 t. I, p.411 e ss.;
- AUBY, J.-B. *L'internationalisation du droit des contrats publics*, in *Droit administratif*, Août-septembre 2003, p. 5 e ss.;
- AUBY, J.-B. *La notion et le régime de la délégation de service public . - Quelques précisions du Conseil d'État*, in *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 25, 19 Juin 1996, I 3941;
- AUBY, J.-B. *Les contrats d'aménagement et l'économie mixte dans la tourmente*, in *Droit Administratif* n° 2, Février 2005, Repère 2;
- AUBY, J.-B. *Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme*, in *Et. fonc.* n° 120, 2006, ;
- AUBY, J.-B. *Une réforme de simplification de la fiscalité de l'urbanisme*, in *Droit Administratif* , n° 2, Février 2011, comm. 23;

- AUBY J.-B., *Comparative Approaches to Rise of Contract in the Public Sphere*, 2 Public Law, 2007, p. 46 e ss.
- AUBY, J.-B., AUBIN, E. *Les influences du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, Paris, 2010;
- AUBY, J.-B., MAUGÜE, C. *Les contrats de délégation de service public*, in *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 9, 2 Mars 1994, I 3743;
- AUBY, J.-B., PERINET-MARQUET, H., NOGUELLOU, R. *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 12^e édition, Montchrestien, Paris, 2012;
- AUBY, J.-B., NOGUELLOU, R., STELKENS, U., *Droit comparé des contrats publics/ Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, Paris, 2010;
- AUBY J.-M., DRAGO R, *Traité de contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris, I,1962;
- AUBY J.-M., *La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français*, in *Travaux Assoc. H. Capitant*, t. XIII, p. 491 e ss.;
- BARLOY, F. *Quelques observations sur la présence du contrat en droit de l'urbanisme. Contractualisation ou contrat en droit de l'urbanisme ?*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p. 47 e ss.;
- BARTHELEMY H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Arthur Rousseau, 1900-1901;
- BASDEVANT-GAUDEMET, B. *Contrat ou institution : un enjeu de société*, L.J.D.G., Paris, 2004;
- BENOIT F.-P., *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatéral dans les contrats administratifs*, in *JCP*, 193, I, p. 1775 e ss.;
- BERBARI, M. *Contrats publics, élus et argent Contrats publics*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006;
- BERLIN, D. *Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence*, in *A.J.D.A.* 1995 p. 259 e ss.;
- BERNARD P., *Les relations contractuelles entre collectivités territoriales: les affaires mixtes ou l'oeuvre commune*, in *A.J.D.A.* 1990, p. 131 e ss. ;
- BERNARD P., *Offre de concours et urbanisme*, in *A.J.D.A.* 2008, p. 889 e ss.;
- BLUMANN C., *La renonciation en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1974;
- BONICHOT, J.C. *Droit de l'Union Européenne et planification: une idée que fait son chemin?*, in *Bien public, bien commun*, Mélanges en l'honneur de Étienne Fatôme, Dalloz, Paris, 2011, p. 37 e ss.;
- BONNARD R., *Précis de droit administratif*, 4 éd., Sirey, Paris, 1943;
- BOUYSSOU F. E CHAPUISAT J. J., *La répartition des compétences. Commentaire de la loi di 7 janvier 1983*, *A.J.D.A.* 1983, p. 81 e ss.;
- BOUYSSOU, F. *Droit de l'urbanisme et développement économique et commercial*, in *A.J.D.A.* 1993 p. 161 e ss.;
- BRECHON-MOULENES, C. *De la layauté de l'autorité publique cocontractante*, in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, Paris, 2004, p. 439 e ss.;
- BRENET, F. *La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes*, in *A.J.D.A.* 2003 p. 919 e ss.;

- BROUSSOLLE D., *Conventions entre personnes publiques et décentralisation, l'exemple des dessertes ferroviaires*, in A.J.D.A. 1989, p. 747 e ss.;
- BRUNET P., *Le conflit de qualification: le cas des actes réglementaires en forme des conventions*, in *Revue des contrats*, 2, 2055, p. 434 e ss. ;
- CAILLOSSE, J. *Interrogations méthodologiques sur le « tournant » contractuel de l'action publique. Les contrats publics entre théorie juridique et sciences de l'administration*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p. 469 e ss.;
- CAILOSSE J., *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration*, in L. CADINET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 89 e ss. ;
- CANEDO-PARIS, M. *Contrats administratifs et sécurité juridique : nouvelles avancées jurisprudentielles. A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Assemblée, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation*, in RFDA 2007 p. 935 e ss.;
- CARBONNIER J., *Droit civil*, vol. IV, 12 éd., Paris, PUF, 1985 ;
- CARPENTIER, É *Les objectifs assignés aux documents d'urbanisme après la loi « Grenelle 2 »*, in *Revue de droit immobilier*, 2011 p. 68 e ss.;
- CASSESE, S. *Le droit administratif européen présente-t-il des caractères originaux? , in Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, Paris, 2004, p. 1183 e ss.;
- CASSESE, S. *Les problèmes de la convergence des droits administratifs vers un modèle administratif européen? , in L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, p. 47 e ss.;
- CHABANOL, D. *Le choix du contractant : pouvoir discrétionnaire ou lié ?*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 83 e ss.;
- CHAPUS, R. *Droit administratif général*, 15 éd., Montchrestien, 2001;
- CHARLES H., *Actes rattachables et actes détachables en droit administratif français: contribution à une théorie de l'opération administrative*, Paris, L.G.D.J., 1968;
- CHENUAUD-FRAZIER C., *La notion de délégation de service public*, RDP, 1995, p. 175 e ss.;
- CHEVALIER, J. *Loi et contrat dans l'action publique*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Dossier : Loi et contrat), mars 2005;
- CHEVALLIER J., *Les formes actuelles de l'économie concertée*, *Publ. Fac. dr. Amiens*, 71-72, n. 1;
- CHEVALLIER J., *Vers un droit post-moderne?*, in J. CLAM, J. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., coll. Droit et société, Recherches et travaux eu réseau européen droit et société, maison des Science de l'Homme, n° 5, 1998, p. 21 e ss.;
- CLAMOUR, G. *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006 , t. II, p. 637^e ss.;
- COLSON, A. *Contrat et négociation*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 13 e ss.;
- Conseil d'État. "Rapport public 2008: jurisprudence et avis de 2007 - Le contrat, mode d'action publique et de production de normes";
- CONSTANS, L. *Une fiction juridique : «la commune intention des parties»*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006 t. I, p.19 e ss.;

- COSTANTINESCO, V. *Proudhon lecteur de Rousseau : le contrat social en questions*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p. 417 e ss.;
- COUTON, X. *Présentation synthétique des principales dispositions du 5 janvier 2012 réformant les procédures d'évolution des documents d'urbanisme*, in *Construction - Urbanisme* n° 2, Février 2012, comm. 22;
- CRISTINI, R. *Droit de l'urbanisme*, Paris, Economica, 1985;
- DAL FARRA, T. *Principe de légalité et délit de favoritisme*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 93 e ss.;
- DANNA P.P., *La notion d'opération d'aménagement. Regard sur l'insertion d'un concept substantiel dans l'ordre juridique*, Thèse, Nice, 1991;
- DARCY, G. *Variations sur l'acte détachable du contrat*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 503 e ss.;
- DAVIGNON J.F., *L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local*, in *Contrats et Marchés publics*, 5, 2007, étude 12;
- DE BECHILLON, D. *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, in *RFDA* 1992 p. 15 e ss.;
- DE LAUBADERE A., *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, in *RDP*, 1954, p. 36 e ss.;
- DE LAUBADERE A., *Interventionnisme économique et contrat*, in *Rev. Fr. adm. publ.* 1979, p. 791 e ss.;
- DE LAUBADERE A., *L'administration concertée*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, L.G.D.J., 1974, p. 407 e ss.;
- DE LAUBADERE, A. *Administration et contrat*, in *Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gresseye*, Editions Bière, Bordeaux, 1968, p. 453. e ss. ;
- DE LAUBADERE, A., MODERNE, F., DEVOLVE, P. *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1983;
- DE MONTECLER M.-C., *La loi Métropoles est conforme à la Constitution*, in *A.J.D.A.* 2014 p. 188 e ss.;
- DEBOUY, C. *Les systèmes de responsabilité*, in *A.J.D.A.* 1993 p. 33 e ss.;
- DEGOFFE M., DREYFUS J.-D., *Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité*, in *A.J.D.A.* 2001, p. 807 e ss.;
- DENOIX DE SAINT MARC, R. *La question de l'administration contractuelle*, in *A.J.D.A.* 2003 p. 970 e ss.;
- DEVES, C. *Les contrats publics d'aménagement*, in *Les collectivités locales*, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, L.G.D.J, Paris, 2004, p. 95 e ss.;
- DEVES, C. *Convention (ou concession) d'aménagement et déclaration d'utilité publique: pas d'opération complexe*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 6, 13 Février 2012, p. 2053 e ss.;
- DEVES, C. *La concession d'aménagement n'est pas un mandat*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 23, 6 Juin 2011, p. 2205 e ss.;
- DEVES, C. *Le Conseil d'État met fin au débat sur l'inconventionnalité des conventions et concessions d'aménagement conclues avant 2005 sans mesure de publicité et de mise en*

concurrence, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 6, 13 Février 2012, p. 2054 e ss.;

DEVES, C. *Les organes locaux de la politique urbaine*, in A.J.D.A. 1993 p. 192 e ss.;

DEVOLVE, P. *Constitution et contrats publics*, in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, Paris, 2004, p. 469^e ss.;

DOUENCE J.-C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, LGDJ, 1968;

DREIFUS, M., *L'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs. Une application équilibrée des droits de la concurrence et de la consommation*, in A.J.D.A. 2002 p. 1373 e ss.;

DREYFUS, J.D. *Illicéité de l'objet d'une convention garantissant la délivrance d'un permis de construire*, in A.J.D.A., 2005 p. 1531 e ss.;

DUEZ P., DEBEYRE G., *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952;

DUFAU J., *Le pouvoir de modification unilatéral de l'administration et les contrats de concession de service public*, in A.J.D.A., 1955, p. 65 e ss.;

DUFRENOT, M.L. *La stipulation pour autrui en droit administratif*, in A.J.D.A. 2012, p. 88 e ss.;

DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913;

DUGUIT L., *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in *Rev. droit Pub.*, 1907. 411;

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, 3 éd., Ancienne Librairie Fontemoign & C. Éditeurs, Paris, 1927;

DUPUIS G., *Définition de l'acte unilatéral*, in *Mél. Charies Einsenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 205 e ss.;

DUPUIS G., *Les principes de l'administration*, Thèse, Paris, 1962;

DUPUIS G., DUPUIS J., VINCENT J.Y., *Acte administratif*, in *Juriscl. Adm.*, fasc.107, n°2;

DUTHEIL DE LA ROCHERE J., *Le régime conventionnel des prix*, in A.J.D.A. 1967. 579;

ECKERT, G. *Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs*, in *Contrats et Marchés publics* n° 10, Octobre 2010, étude 9;

EISENMANN, C. *Cours de droit administratif*, Tome II, L.J.D.G., Paris, 1982;

EMERY C., *Les contrats de partenariat*, in *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 2, folio n°3220, dernière mise à jour : juin 2009;

Etude par GRIDAUH, La règle locale d'urbanisme en question, in *Construction - Urbanisme* n° 10, Octobre 2011, étude 12.

FATOME E.- MOREAU J., *L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation*, in A.J.D.A., 1990, p. 142 e ss.;

FATÔME, E. *L'urbanisme contractuel*, in A.J.D.A. 1993 p. 63 e ss.;

FATOME, E. *Nature et contenu du contrat d'aménagement*, in *Revue de droit immobilier* 1994 p. 169 e ss.;

FATOME, E. *Questions sur les nouvelles concessions d'aménagement*, in A.J.D.A. 2006 p. 926 e ss.;

FATOME, E. RICHER, L. *La procédure de passation des concessions d'aménagement entre le décret du 31 juillet 2006, l'arrêt Auroux et le décret à venir*, in A.J.D.A. 2007 p. 409 e ss.;

- FATOME, E., RICHER, L. *Nature et contenu du contrat d'aménagement*, in *Revue de droit immobilier* 1994 p. 169 e ss.;
- FATOME, E., RICHER, L. *Questions sur les nouvelles concessions d'aménagement*, in A.J.D.A. 2006 p. 926 e ss.;
- FERAL, F. *Contrat public et action publique : au coeur d'une administration régulatrice*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p.527 e ss.;
- FERRARI P., *Essai sur la notion de co-auteur d'un acte unilatéral en droit administratif français*, in *Mél. Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 215 e ss.;
- FERREIRA N., *Le temps des métropoles: une métropolisation à la carte pour quelle carte métropolitaine?*, in *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 90,2013, p. 64 e ss.;
- FLOGAÏTIS, S. *Contrat et acte administratif unilatéral*, in *L'État de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Dalloz, 1996, p. 229 e ss.;
- FLOUR J., AUBERT J.-L., *Droit civile, les obligations*, vol. 1, Coll. U, 1975;
- FORSTHOFF, E. *Traité de droit administratif allemand*, traduit. par M. Fromont, Bruylant, Bruxelles, 1969;
- FORT, F. X. *Les aspects administratifs de la liberté contractuelle*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 27 e ss.;
- FRIER, P. L., *contrat et urbanisme réglementaire: les obstacles juridiques*, in *Droit Administratif* n° 3, Mars 2005, Etude 5;
- FRIER, P.L. *Participations financières et corruption*, in A.J.D.A. 1993 p. 148 e ss.;
- FROMONT M., *La nouvelle répartition des compétences entre l'État, les régions, les départements en France*, RISA 1987, p. 599 ss.;
- FROMONT, M. *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement. Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, LitecBruxelles: Bruylant, Paris, 1987;
- FROMONT, M. *Le droit français de l'urbanisme parmi les différents droits européens*, in A.J.D.A. 1993 p. 73 e ss.;
- FROMONT, M., RIEG, A. *Introduction au droit allemand, Tome II, Droit public-Droit pénal*, Editions Cujas, Paris, 1984;
- GARCIA, A. *Qualification des contrats d'aménagement*, *Droit Administratif* n° 5, Mai 2007, *comm. 71*;
- GAUDAMET, Y., DE LAUBADERE, A. *Traité de droit administratif*, 16° édition, LGDJ, Paris, 2007;
- GENY F., «*Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit* », *RTD civ.* 1922, p. 801 e ss.;
- GHESTIN J., *Droit civile, les obligations*, 1980;
- GILLI, J.P. *Le juge judiciaire et le droit de l'urbanisme*, in A.J.D.A. 1993 p. 55 e ss.;
- GOLDFRIN, G. *Participations d'urbanisme contractualisées: la fin d'un tabou?*, in *Constr.-Urb.* 2008, repère 9 ;
- GONOD, P. MELLERAY, F. YOLKA, P. *Traité de droit administratif*, tomo II, Dalloz, paris, 2011;
- GONZALEZ-GHARBI, N. *Une nouvelle participation d'urbanisme négociée: la participation de*

- projet urbain partenarial*, in *Const. Urb.* 2009, p.28 e ss.;
- GRABOY-GROBESCO, A. *La loi Grenelle II et les documents de planification territoriale*, in *Droit Administratif*, n° 2, Février 2011, étude 4;
- GRAND, R. *Enquête publique et étude d'impact : les suites réglementaires de la loi Grenelle II*, in *A.J.D.A.* 2012 p. 11 e ss.;
- GRIDAUH, *Droit de l'Aménagement, de l'Urbanisme et de l'Habitat 2012*, Editions du Moniteur, Paris, 2012;
- GUEZOU, O. *Droit de la concurrence et contrats publics, Contentieux administratif et pratiques anticoncurrentielles*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006 t. I, p 107 e ss.;
- HACQUARD-THERON M., *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J. 1977;
- HECQUARD-THERON, M. *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, in *A.J.D.A.* 1993 p. 451 e ss.;
- HAURIOU M., *Principes de droit public*, 2^e ed., Sirey, Paris, 1916;
- HELIN, J.C. *Participation, décentralisation et déconcentration: une nouvelle donne en matière de grands projets*, in *A.J.D.A.* 2002 p. 291 e ss.;
- HELIN, J.C. *Urbanisme et démocratie*, in *A.J.D.A.* 1993 p. 184 e ss.;
- HELIN, R. HOSTIOU J.-C., JEGOUZO Y. (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Paris, Economica, 1986;
- HOSTIOU, R. *La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme*, in *A.J.D.A.* 1993, p. 27 e ss.;
- IDOUX, P. *Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006 t. II, p. 547;
- ISAAC G., *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGOJ. 1968;
- J. CHAPUISAT, *L'urbanisme après la décentralisation*, in *A.J.D.A.*, 1984, p. 273 e ss.;
- JACQUOT, H., PRIET, E. *Droit de l'urbanisme*, 6^e édition, Dalloz, Paris, 2008;
- JEGOUZO Y. et al., *Débat: les enjeux du droit de l'urbanisme*, in *A.J.D.A.* 1993 p. 6 e ss.;
- JEGOUZO Y., *Le financement de l'aménagement après la loi 18 juill.1985*, in *RFA*, 1986, p. 339 e ss.;
- JEGOUZO, Y. *Droit de l'urbanisme. Dictionnaire pratique*, Éditions du Moniteur, Paris, 2011;
- JEGOUZO, Y. *L'administration contractuelle en question*, in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, Paris, 2004, p. 543 e ss.;
- JEGOUZO, Y. *Les principes du droit de l'urbanisme*, in *Bien public, bien commun*, Mélanges en l'honneur de Étienne Fatôme, Dalloz, Paris, 2011, p. 179 e ss.;
- JEGOUZO, Y. *De l'urbanisme de projet à l'urbanisme sommaire*, in *A.J.D.A.* 2012 p. 626 e ss.;
- JEGOUZO, Y. *La décentralisation de l'urbanisme*, in *A.J.D.A.* 1993 p. 168 e ss.;
- JEGOUZO, Y. *Planification de l'aménagement du territoire et décentralisation*, in *Les collectivités locales*, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, L.G.D.J, Paris, 2004, p. 219 e ss.;
- JEGOUZO, Y., *La réforme de la fiscalité*, in *A.J.D.A.* 2011, p. 11 e ss.;

- JEGOUZO, Y., *Le droit de l'urbanisme au péril du transitoire*, in *Revue de droit immobilier* 2012 p. 301 e ss.;
- JEZE G., *Contrats administratifs*, in *Principes Généraux du Droit Administratif*, t. III, Paris, Dalloz, 3 éd., (1926), IV (1934), V e VI (1936);
- JEZE G., *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 vol., Paris, Giard, 1927-1934;
- JEZE, G. *Les principes généraux du droit administratif*, Tome I, 3^o édition, Réédition en fac-simile de l'édition de 1925, Dalloz, Paris, 2005 ;
- LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., t. I, Paris, L.G.D.J, 1896;
- LAHORGUE, M-B *Quelles avancées pour l'information et la participation du citoyen aux décisions publiques ayant une incidence environnementale?* in *Environnement* n° 3, Mars 2011, p. 9 e ss.;
- LAMORLETTE, B. *L'acte detachable d'une convention de ZAC*, in *Revue de droit immobilier* 1993, p. 453 e ss.;
- LAROQUE, M. *La contractualisation comme technique de tutelle: l'exemple du secteur social*, in *A.J.D.A.* 2003 p. 976 e ss.;
- LAURENT D., ROUSSET O., *Convention de délégation de service et loi Sapin – La transparence dans le brouillard*, *LPA* n°30, mars 1994;
- LEBRETON, J.P. *La réforme des procédures d'élaboration et de gestion des documents d'urbanisme*, in *A.J.D.A.* 2012 p. 647 e ss.;
- LEBRETON, J.P. *L'urbanisme et les législations réputées indépendantes*, in *A.J.D.A.* 1993 p. 20 e ss.;
- LEGENDRE, P. *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique*, Fayard, Paris, 1992;
- LEMAIRE, E. *Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police*, in *RFDA* 2009 p. 767 e ss.;
- LICHERE F. (dir.), *Partenariats public-privé: rapports du XVIIIe congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit Administratif/Administrative Law, 2011;
- LICHERE, F. *Le droit anglais des contrats publics comme modèle?*, t. I, p. 449;
- LIGNIERES, P., MARTIN, O. *L'avenir des conventions publiques d'aménagement confronté au droit communautaire*, in *Droit Administratif* n° 8, Août 2004, prat. 8;
- LINDITCH, F. *Vers la fin des commissions d'appel d'offres?*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006 t. I, p. 159 e ss.;
- LINOTTE D., *L'évolution récente du régime administratif des prix*, in *Rev. droit Publ.*, 1970. 1425;
- LLORENS, F., *La liberté contractuelle des collectivités territoriales*, in *Contrats et Marchés publics* n° 5, Mai 2007, étude 6;
- LLORENS, F., *La mise en conformité du droit des concessions d'aménagement avec le droit communautaire. Commentaire du décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement*, in *Revue de droit immobilier*, 2009 p. 616 e ss.;

- LLORENS, F., SOLER-COUTEAUX, P. *Coopération public-public et droit communautaire: quelles perspectives?*, in *Contrats et Marchés publics* n° 12, Décembre 2011, repère 11;
- LLORENS, F., SOLER-COUTEAUX, P. *Marchés, DSP, concessions de travaux ou d'aménagement: de quelques problèmes de frontière*, in *Contrats et Marchés publics* n° 11, Novembre 2011, repère 10;
- LLORENS, F., SOLER-COUTEAUX, P., *La mise en conformité du droit des concessions d'aménagement avec le droit communautaire. Commentaire du décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement*, in *Revue de droit immobilier* 2009 p. 616 e ss.;
- LOPA DUFRENOT, M. *La stipulation pour autrui en droit administratif*, in A.J.D.A. 2012 p. 88 e ss.;
- MACERA B.-F., *Les actes détachables dans le droit public français*, PU Limoges, 2002;
- MADIOT, Y. *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Librairie générale du droit et de jurisprudence, Paris, 1971;
- MADIOT, Y. *Urbanisme et aménagement du territoire*, in A.J.D.A. 1993, p. 108 e ss.;
- MALINVAUD, P. *Lobbying et construction*, in *Revue de droit immobilier* 2012 p. 361 e ss.;
- MARCOU G., *L'Etat et les collectivités territoriales: où va la décentralisation?*, in A.J.D.A. 2013, p. 1556 ss.;
- MARCOU G., *La loi d'orientation du 25 juin 1999 pour l'aménagement et le développement durable du territoire*, in *Annuaire Français de droit de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 9 e ss.;
- MARCOU G., *La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993*, in RFDA 1994, p. 692 e ss.;
- MARCOU G., *Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs*, in A.J.D.A. 2003 p. 982 e ss.;
- MARCOU, G. *Les mutations du droit de l'Administration en Europe. Pluralisme et convergences*, Éd. l'Harmattan, Paris, 1995;
- MARCOU, G. *La loi sur le Grand Paris: le retour de l'Etat aménageur?*, in A.J.D.A. 2010 p. 1868 e ss.;
- MARCOU, G. *Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs*, in A.J.D.A. 2003 p. 982 e ss.;
- MARCOU, G. *Quel Grand Paris demain?*, in A.J.D.A. 2009 p. 1468 e ss.;
- MARCOU, G., KHABRIEVA, T.I. *Les procédures administratives et le contrôle à la lumière de l'expérience européenne en France et en Russie*, Société de législation comparée, Paris, 2012;
- MARCOU, G., MODERNE F. *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union européenne*, Éd. l'Harmattan, Paris, 2001;
- MARCUS L., PERRIN A., *Annulation de l'acte détachables et distinction des contentieux*, in *Dr. Admin.*, 2006, chron. 1;
- MARTIN, J. *Entre soumission et résistance au droit communautaire, la complexification des procédures de passation des concessions d'aménagement*, in *Droit Administratif* n° 11, Novembre 2009, étude 20;
- MARTY G., RAYNAUD P., *Traité de droit civil*, tome II, 1 vol., *Les obligations*, 1962;

- MAUGÜE, C. *La portée de l'obligation de transparence dans le contrats publics*, in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*, Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, Paris, 2004, p. 609 e ss.;
- MAUGÜE, C. *Les contrats entre collectivités saisis par le droit de la concurrence*, in A.J.D.A. 2003 p. 981 e ss.;
- MAURER H, *Droit administratif allemand (trad. par M. Fromont)*, L.G.D.J., Paris, 1992;
- MAZEAUD J., *Leçons de droit civil*, tome II, 1 vol., 6 éd. par F. CHABAS, 1978 ; tome 3, *Principaux contrats*, 5 éd. 1980;
- MEHL-SCHOUDER, M.C., IBANEZ, P. *Les lotissements*, in *Encyclopédie des collectivités locales* , Chapitre 2, folio n°5220;
- MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J, Paris, 2004;
- MENEMENIS, A. *Le juge administratif et le contrat: libres propos sur un agenda chargé*, in *Bien public, bien commun*, Mélanges en l'honneur de Étienne Fatôme, Dalloz, Paris, 2011, p. 329 e ss.;
- MIAILLE, M. *La sainteté du contrat. La laïcité de J.J.Rousseau*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p. 437 e ss.;
- MODERNE F., *Autour de la nature juridique des accord conclus entre l'administration et les organismes professionnelles en matière de prix*, in *Dr. Soc.*, 1975, p. 505 e ss.;
- MODERNE F., *Décentralisation et urbanisme*, LPA, 1982, p. 9 e ss.;
- MODERNE F., *L'évolution récente du droit des contrats administratifs: les conventions entre personnes publiques*, in RFDA 1985, p. 1 e ss.;
- MODERNE F., *La nature juridique des conventions tarifaires nationales passées entre la Caisse Nationale d'Assurance Maladie et les organisations nationales le plus représentatives des médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux*, in *D. soc.*, 1975, p. 335 e ss.;
- MODERNE, F. *Quelques observations à propos du contrat dit «de collaboration entre le secteur public et le secteur privé» dans le droit espagnol contemporain*, in *Bien public, bien commun*, Mélanges en l'honneur de Étienne Fatôme, Dalloz, Paris, 2011, p. 347 e ss.;
- MORAND DEVILLER, J. *Droit de l'urbanisme*, 8° édition, Dalloz, Paris, 2008;
- MORANDE-DEVILLER J., *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme en Europe. Rapport de Synthèse Colloque de l'AIDRU - Coimbra 23-24 septembre 2011*, in *Riv. Giur. Ed.* 5,2012, p.179 e ss.;
- MOREAU J., *Les matières contractuelles*, in A.J.D.A., 1998, p. 747 e ss.;
- MOREAU, J. *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuelle*, in A.J.D.A., 1965, p. 3 e ss.;
- MOREAU, L. *La contractualisation de l'exercice de la police administrative*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p. 171 e ss.;
- NICINSKI, S. *Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 45 e ss.;
- NOGUELLOU R., STELKENS U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruylant, 2010;

- NOGUELLOU R., *Les incessantes évolutions du droit de l'urbanisme*, in *Droit Administratif* n° 5, Mai 2009, alerte 31;
- NOGUELLOU, R. *Les conventions d'aménagement critiquées par la Commission*, in *Droit Administratif* n° 6, Juin 2004, alerte 3;
- PACTEAU B., *Quel retentissement de l'annulation d'un acte détachable sur la validité et l'exécution du contrat auquel cet acte se rapporte ?*, in *CJEG*, 1991, p. 115 e ss.;
- PEREON P., *La délégation des services publics administratifs*, in *A.J.D.A* 2004. 1449;
- PERIGNON, S. *Pour une nouvelle définition du lotissement*, in *A.J.D.A.* 2009, p. 740 e ss.;
- PERYCAL, J. M. *Les avenants source d'unification du droit des contrats publics*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 825 e ss.;
- PETIT, J. *Nouvelles d'une antinomie: contrat et police*, in *Les collectivités locales*, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, L.G.D.J, Paris, 2004, p. 345 e ss.;
- PICARD, E. *La notion de police administrative*, L.G.D.J., Paris, 1984;
- PICARD, E. *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?*, in *A.J.D.A.* 1998 p. 651 e ss.;
- PLANCHET, P. *Autorisations d'urbanisme: une réforme sans vague*, in *A.J.D.A.* 2012 p. 641 e ss.;
- PLANCHET, P. *Une convention d'aménagement ne préserve pas du changement des règles d'urbanisme*, in *A.J.D.A.* 2010, p. 912 e ss.;
- PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, *Obligations*, 1952; tomes X, 1956 et XI, 1954, *Principaux contrats*;
- POCHARD, M. *La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique*, in *A.J.D.A.* 2003 p. 991 e ss.;
- PONTIER J.-M., *Semper manet. Sur une clause générale de compétence*, *RD publ.*, 1984, p. 1443 e ss.;
- PRETOT, X. *Le régime de la police de l'État*, in *Les collectivités locales*, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, L.G.D.J, Paris, 2004, p. 361 e ss.;
- PRIET, F. *La réforme de la définition de la surface de plancher*, in *A.J.D.A.* 2012 p. 630 e ss.;
- PRIET, F. *L'urbanisme est-il soluble dans le contrat ?*, *A.J.D.A.* 2011 p. 2157 e ss.;
- PRIEUR, M. *Urbanisme et environnement*, in *A.J.D.A.* 1993 p. 80 e ss.;
- REMI G., *Volet urbanisme du projet de loi «ALUR»: la simplification attendra*, in *A.J.D.A.*, 2013, p. 1300 e ss.;
- REMI G., *Volet urbanisme du projet de loi ALUR: accord en CMP*, in *Dalloz actualité*, 19 février 2014.
- RICHER, L. *Droit des contrats administratifs*, 7^e édition, L.G.D.J., Paris, 2010;
- RICHER, L. *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, in *A.J.D.A.* 2003 p. 973 e ss.;
- RICHER, L. *La transparence et l'obstacle*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p.175 e ss.;
- RIPERT G., BOULANGER J., *Traité de droit civil*, tome II *Obligations et droits réels*, 1957;

- RIVERO J., *Action économique de l'État et évolution administrative*, in *Rev. Eco.*, 1962, p. 890 e ss.;
- RIVERO J., *Droit administratif*, 9 éd., Paris, Dalloz, 1980;
- RIVERO J., *Existe-t-il un critère du droit administratif ?* in *RDP*, 1953, p. 287 e ss.;
- ROLIN, F. *L'habilitation à contracter*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 187 e ss.;
- ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, 1950, n° 149; Id., *La concession*, in *Rev. droit Pub.*, 1909.52;
- ROLLARD L., *Précis de droit administratif*, 10 éd., Paris, Dalloz. 1951;
- ROMI R., *La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux, archaïsme paradoxal ou technique d'avenir?*, in *A.J.D.A.* 1, 1989, p. 9 e ss.;
- ROUQUETTE, R. *Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration*, in *A.J.D.A.* 1995 p. 483 e ss.;
- ROUSSET M., *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, Dalloz, 1960;
- SAINT-JOURS Y., *Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique*, *D. soc.*, 1975, p. 227 e ss.;
- SAUNIER S., *L'autonomie de la volonté en droit administratif français: une mise au point*, in *RFDA* 2007 p. 609 e ss.;
- SOLER-COUTEAUX P., *La convention de PUP ne nécessite pas une mise en concurrence*, in *Revue de droit immobilier* 2012 p. 179 e ss.;
- SOLER-COUTEAUX P., *Le PLU après l'ordonnance n° 2012-11 du 5 janvier 2012*, in *Revue de droit immobilier* 2012 p. 257 e ss.;
- SOLER-COUTEAUX P., *Les dispositions du décret n° 2012-290 du 29 février 2012 relatives aux PLU*, in *Revue de droit immobilier* 2012 p. 262 e ss.;
- SOLER-COUTEAUX P., *Réforme des autorisations d'urbanisme : correction de la copie*, in *Revue de droit immobilier* 2012 p. 308 e ss.;
- STASSINOPOULOS, M. *Traité des actes administratifs*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1954;
- STREBLER J.P., *La réforme de la fiscalité de l'urbanisme. Les précisions apportées par les deux décrets du 25 janvier 2012*, in *Revue de droit immobilier* 2012 p. 368 e ss.;
- STREBLER J.P., *Le projet urbain partenarial, contribution « souple » au financement d'équipements publics*, in *Revue de droit immobilier* 2009 p. 521 e ss.;
- STREBLER J.P., *Le nouveau régime d'élaboration et de gestion des SCoT. Après l'ordonnance du 5 janvier 2012*, in *Revue de droit immobilier* 2012 p. 248 e ss.;
- STREBLER J.P., *Une si longue attente... Les dispositions du décret du 29 février 2012 relatives aux SCoT*, in *Revue de droit immobilier* 2012 p. 254 e ss.;
- STREBLER, J.-P., *Financement des équipements urbains: autorisations d'urbanisme et offres de concours*, in *BJDU* 2004. p. 84 e ss.;
- SUEUR J.H., *Développement local et droit négocié: l'expérience des chartes intercommunales d'aménagement et de développement*, in *RDP* 1988, p. 199 e ss.;
- TARDIVEL, B. *La place du contrat de partenariat dans l'ordre des contrats publics*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 847 e ss.;

- TEITGEN-COLY C., *L'urbanisme opérationnel: définition et mise en œuvre de techniques de l'aménagement*, in AJPI, 1986, p. 7 e ss.;
- TRAORE S., *La concession d'aménagement après la loi du 20 juillet 2005*, in *Droit Administratif* n° 12, Décembre 2005, Etude 20;
- TREMEAU, J. *Le nouveau lotissement*, in A.J.D.A. 2012 p. 636 e ss.;
- TUOT, T. *Droit public et environnement: nouveaux concepts, nouveaux outils?*, in *Bien public, bien commun*, Mélanges en l'honneur de Étienne Fatôme, Dalloz, Paris, 2011, p. 451 e ss.;
- TURPIN, D. *La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 63 e ss.;
- UBAUD-BERGERON, M. *Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p.575 e ss.;
- VASSEUR M., *Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle*, in *Rev. Trim. Dr. civ.*, 1964, p. 5 e ss.;
- VIDAL, L. *L'apport du droit des contrats américains au droit des contrats publics français : l'exemple des «equitable adjustments»*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, p. 471 e ss.;
- VIER CH. L., *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, Thèse, Paris, 1972;
- VIER CH. L., note à C.E. 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements pièces de rechange et outillage*, in A.J.D.A., 1973. 323., p. 364 e ss.;
- VIVANT, M. *Le contrat substitut de la loi ?*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p. 595;
- VIVIEN A.F., *Etudes administratives*, Paris, 1952, I ;
- VOISSET M., *Concertation et contractualisation dans la fonction publique*, in A.J.D.A. 1970, p. 388 e ss.;
- VON MEHREN, A. T. *International Encyclopedia of comparative Law*, Vol. VII, *Contrats in generals*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008;
- WALINE M., *De la situation juridique de l'usager d'un service public*, in *Rev. critique de législ. et de jurispr.*, 1933, p. 237
- WALINE, J., RIVERO, J. *Droit administratif*, 21° édition, Dalloz, Paris, 2006;
- WALINE, M. *Droit administratif*, 7° édition, Éditions Sirey, Paris, 1957;
- WEIL P., *Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés*, p. 217, in *Les conventions entre personne publique*, Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974;
- WEIL A., TERRE F., *Droit civil, les obligations*, 3 éd., 1980;
- ZEGHBIB, H. *Le contrat dans l'action publique. Retour sur une pratique établie*, in *Contrats publics*, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal, Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. II, p. 605.

SPAGNA (PARTE III)

- AA.VV., *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1996;
- AA.VV., *Derecho Urbanístico de Andalucía*, Tirant Loblanc, Valencia, 2003;
- AA.VV., *El derecho urbanístico en el Siglo XXI, Libro Homenaje al Profesor Martín Bassols Coma*, Reus, Madrid, 2008;
- AA.VV., *El planeamiento y la Gestión Urbanística en la Comunidad Valenciana*, C.E.D., 2004;
- AA.VV., *Estudios sobre l'urbanismo en Cataluña*, Editorial Bosch, Barcelona, 2004;
- AA.VV., *Manual de Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*, Madrid, 2004;
- ALBI CHOVI, F., *Contratos Administrativos*, in *Nueva Enciclopedia Juridica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1976, p. 433 e ss.;
- ALBI CHOVI, F., *Los contratos municipales*, Editorial Horizontes, Valencia, 1944;
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *Los convenios como tercera categoría de los contratos del Estado*, en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Madrid, 1982, p. 451 e ss.;
- ALONSO CLEMENTE, A., *Ius variandi y eficacia de los convenios urbanísticos de planeamiento*, in *Practica urbanística*, n. 93, 2010;
- ALONSO CLEMENTE, A., *Responsabilidad Patrimonial derivada de las potestades administrativas en materia de urbanismo*, in *Práctica Urbanística*, n. 113, Sección Instituciones comparadas, 2012, p. 68 e ss.;
- ALONSO HIGUERA, C., *Los Convenios urbanísticos como motor de la modificación del planeamiento en Cataluña*, *Práctica Urbanística*, n. 99, 2010, p. 57 e ss.;
- ALONSO MAS, M. J., *Responsabilidad patrimonial de la administración por incumplimiento de los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del TS*, in *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, n. 271-272, 1996, p. 853 e ss.;
- ALONSO TIMÓN, A. J., *Urbanismo y ordenación del territorio*, La Ley, Madrid, 2012;
- ALVAREZ GENDÍN, S. *Los contratos publicos*, Reus, Madrid, 1934;
- ARGULLOLI MURGADES, E., *La Ley 8/2007, una nueva ley urbanística*, in *Anuario del Gobierno Local*, 2007, p. 33 e ss.;
- AROZAMENA SIERRA, J., *Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos*, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 146, 1996, p. 11 e ss.;
- ARREDONDO GUTIERREZ, J.M., *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, 2º ed., Granada, 2003;
- AVILA CANO, E., *Los convenios urbanísticos en la legislación valenciana. Límites, aprobación, efectos y registro*, in *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.19, 2011, p. 2272 e ss.;
- BALLBÉ, M., *Actos administrativos*, in *Nueva Enciclopedia Juridica*, Editorial Francisco Seix, 1975, Barcelona, p. 294 e ss.;
- BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico Común*, 1º ed., Iustel, Madrid, 2009;
- BASSOLS COMA, M., *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público*, *RAP*, n. 82, 1977, p. 61 e ss.;

- BASSOLS COMA, M., *Panorama del Derecho Urbanístico Comparado*, in *Serie claves del gobierno local, nº 5, Estudios sobre urbanismo? (Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)*, p. 11 e ss.;
- BLANQUER PRATS, M. B., *Aspecto contractual de los P.A.U.*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 144, 1995, p. 11 e ss.;
- BOCANEGRA SIERRA, R., HUERGO LORA, A., *El derecho urbanístico del Principado de Asturias*, Iustel, Madrid, 2005;
- BOQUERA OLIVER, J. M., *Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy*, RAP, n. 150, 1999, p. 13 e ss.;
- BOQUERA OLIVER, J. M., *La caracterización del contrato en la reciente jurisprudencia francesa y española*, RAP, n. 23, 1957, p. 193 e ss.;
- BUSTILLO BOLADO, R. O., *Convenios y Contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, 2º ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2004;
- BUSTILLO BOLADO, R. O., CUERNO LLATA, J. R., *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, Aranzadi, Pamplona, 1997;
- CANO MURCHA, A., *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico. Comentarios, Legislación, Jurisprudencia y Formularios*, 6º ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008;
- CARRERA ORTIZ C., *Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España*, in REDT, 38, 1989, p. 268 e ss.
- CARRETERO PÉREZ, A., *Causa, motivo y fin del acto administrativo*, RAP, n. 58, 1969, p. 127 e ss.;
- CASTELAO RODRÍGUEZ, J., *Los convenios urbanísticos de planeamiento nulos en la Comunidad de Madrid y los que pueden no ser nulos*, *Práctica Urbanística*, n. 118, 2012, p. 46 e ss.;
- CASTIÑEIRAS BOUZAS, I., *Xornadas sobre Convenios Urbanísticos*, in *Revista galega de Administración Pública*, n. 36, 2004, p. 237 e ss.;
- CATALÁ MARTÍ, J. V., (coordinador), *La contratación de las Administraciones Públicas ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público. Actualizada conforme al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, 2º ed., Civitas, Cizur Menor, 2012;
- CHINCHILLA PEINADO, J. A., *Los convenios urbanísticos en el estado. ¿La inexistencia de una construcción sistemática por parte de los tribunales? Análisis de la jurisprudencia del tribunal Supremo y de las decisiones de los tribunales superiores de justicia (1999-2005)*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 227, 2006, p. 73 e ss.;
- CORDOBA CASTROVERDE, D., *Influencia de la jurisprudencia comunitaria en materia de contratación pública sobre el urbanismo*, in *Serie claves del gobierno local, nº 5, Estudios sobre urbanismo? (Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)*, p. 193 e ss.;
- CUSCULLUELA MONTANER, L., *Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el derecho administrativo*, RAP, n. 84, 1977, p. 185 e ss.;
- DE PALMA DEL TESO, A., *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000;
- DEL OLMO ALONSO, J., *La regulación de los convenios urbanísticos en la Comunidad de Castilla-La Mancha*, in *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 27, 1999, p. 123 e ss.;

- DELGADO PIQUERAS, F., *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995;
- DELGADO PIQUERAS, F., *Las nuevas conquistas del principio constitucional de participacion: terminacion convencional del procedimiento y medios consensuales de solucion de conflictos administrativos*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 18, 1993, p. 219 e ss.;
- ENTRENA CUESTA, R., *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, RAP, 24, 1957, p. 39 e ss.;
- ESTÉVEZ GOYTRE, R., *El urbanismo y la jurisdicción contencioso administrativa. Estudio jurisprudencial*, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 208, 2004. P. 217 e ss.;
- FARFANTE MARTINEZ-PARDO, J., *Consideraciones sobre la legalidad de los convenios urbanísticos de planeamiento*, in *Noticias jurídicas (artículos doctrinales: Derecho administrativo)*, enero 2006;
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Los contratos administrativos*, 1º ed., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1926;
- FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., *Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual*, RGLJ, n. 144, 1924, p. 566 e ss.;
- FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Legislación urbanística estatal y autonómica. Principios e instituciones comunes*, in *Serie claves del gobierno local*, nº 5, *Estudios sobre urbanismo? (Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)*, p. 77 e ss.;
- FERNÁNDEZ NAVARRO, D., *Convenios urbanísticos. Su tratamiento en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, in *Reflexiones: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial*, n. 2, 2007, p. 107 e ss.;
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *El urbanismo concertado y la Ley del Suelo*, *Institutos de Estudios Administrativos*, Madrid, 1974;
- FONSECA FERRANDIS, F. E., *La liberalización del Suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1999;
- FONSECA FERRANDIS, F. E., *Los Convenios Urbanísticos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 159, 1998, p. 87 e ss.;
- GALLEGO ANABITARTE, A., *La acción concertada: nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración*, in *Libro Homenaje al Prof. Juan Galvañ Escutia*, Valencia, 1980, p. 191 e ss.;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Actuación Pública y Actuación Privada en el Derecho Urbanístico*, REDA, n. 1, 1974, p. 79 e ss.;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, RAP, n. 10, 1953, p. 241 e ss.;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La figura del contrato administrativo*, RAP, n. 41, 1963, p. 99 e ss.;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., TOMÁS-RAMÓN F., *Curso de Derecho Administrativo*, t. 1 e t. 2, 15º ed. Civitas, Madrid, 2011;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., TOMÁS-RAMÓN F., *Curso de Derecho Administrativo*, t.1, Civitas, Madrid, 2002;
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, in REDA, n. 89, 1996, p. 69 e ss.;
- GARCÍA GARCÍA, J. A., *La nulidad de pleno derecho de los convenios urbanísticos concentrados por el promotor urbanístico y la posible inscripción en el Registro de la Propiedad de cargas y limitaciones no exigidas por la legislación urbanística: una*

presentación de los artículos 16.3 y 19.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008, in *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n. 716, 2009, p. 3019 e ss.;

GARCÍA RUBIO, F., *Los convenios urbanísticos*, *Práctica Urbanística*, n. 33, 2004, p. 27 e ss;

GARCÍA RUBIO, F., *Problemas actuales del Derecho urbanístico*, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2007;

GARCÍA VALDERREY, M. A., *Los convenios de Planeamiento Urbanístico (1)*, *Práctica Urbanística*, n. 77, 2008, p. 7 e ss;

GARCÍA VALDERREY, M. A., *Los convenios de Planeamiento Urbanístico (2)*, *Práctica Urbanística*, n. 78, 2009, p. 7 e ss.;

GARRIDO FALLA, F., *Constitucion y Administracion*, REDA, n. 20, 1979, p. 5 e ss;

GARRIDO FALLA, F., *El concepto de servicio publico en el Derecho Español*, RAP, n. 135, 1994, p. 7 e ss.;

GARRIDO FALLA, F., *El negocio juridico del particular en el derecho administrativo*, RAP, n. 1, 1950, p. 117 e ss.;

GARRIDO FALLA, F., *Privatización y Reprivatización*, RAP, n. 126, 1991, p. 7 e ss.;

GARRIDO FALLA, F., *Reflexiones sobra la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, RAP, n. 40, 1963, p. 189 e ss.;

GARRIDO FALLA, F., *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales*, RAP, n. 7, 1942, p. 11 e ss.;

GARRIDO FALLA, F., *Sustancia y forma del contrato administrativo en el Derecho español*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, Milano, I, 1956, p. 525 e ss.;

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 11° ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2002;

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentario a La Ley del Suelo, Texto Refundido, aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio*, 2° ed., vol. I., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2008;

GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común*, 4° ed. Civitas, 2007, p. 228 e ss.;

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S., *Los convenios urbanísticos y el derecho comunitario europeo: la STJCE de 12 de julio de 2001, asunto c-399/98*, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 197, 2002, p. 97 e ss.;

HUERGO LLORA, A., *Contratos: régimen aplicable a los contratos de la administración institucional. Actos separables. Procedimientos de selección de contratista. La ejecución del contrato. Los intereses de demora. Convenios urbanísticos*, in *Revista general de Derecho Administrativo*, n. 2, 2003, p. 1 e ss.;

HUERGO LORA, A., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, 1998;

HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*, Editorial Civitas, Madrid, 1998;

IGLESIAS GONZÁLEZ, F., *Estudio de reciente jurisprudencia sobre gestión urbanística*, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 229, 2006, p. 17 e ss.;

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., *Los efectos de la «liberalización del suelo» sobre el Texto Refundido de la Ley del Suelo del 1992*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n. 149, 1996, p. 13 e ss.;

- LAGO NÚÑEZ, G., *Los convenios urbanísticos en Andalucía*, Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública, n. 58, 2005, p. 139 e ss.;
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo*, RAP, n. 136, 1995, p. 201 e ss.;
- LAVILLA ALSINA, L., *El interés público en la interpretación de los contratos administrativos*, in Documentación Administrativa, n. 110, 1967, p. 11 e ss.;
- LEGUINA VILLA, J., SÁNCHEZ MORÓN, M., *La nueva Ley de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993;
- LETURIONDO ARANZAMEDI, A., *Los convenios urbanísticos en la Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo del País Vasco, Apuntes para su fiscalización*, in Auditoría Pública, n. 42, 2007, p. 83 e ss.;
- LOPEZ PELLICER, J. A., *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, n. 146, 1996, p. 97 e ss.;
- LÓPEZ RAMÓN, F., *Introducción al Derecho Urbanístico*, 3 ed., Marcial Pons, Barcelona, 2009;
- LÓPEZ RAMÓN, F., *Lecciones de Derecho Urbanístico Aragonés*, Civitas, Madrid, 2011;
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *Historia de la Legislación Urbanística*, Iustel, Madrid, 2007;
- LOZANO CUTANDA, B., *Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo*, RAP, n. 172, 2007, p. 339 e ss.;
- MARTÍN HERNÁNDEZ, P., *Los Convenios Urbanísticos*, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, n. 144, Julio 1995, p. 59 e ss.;
- MARTÍN REBOLLO, L., PANTALEÓN PRIETO, F., *Exigibilidad de los convenios interadministrativos y consecuencias patrimoniales de su incumplimiento*, in Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez, t. I, Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, Santander, 1993, p. 305 e ss.;
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La desviación de poder en el Derecho español*, RAP, n. 22, 1958, p. 129 e ss.;
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *La institución contractual en el Derecho administrativo. En torno al problema de la igualdad de las partes*, RAP, n. 29, 1959, p. 59 e ss.;
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Reflexiones sobre las privatizaciones*, RAP, n. 144, 1997, p. 7 e ss.;
- MEILÁN GIL, J. L. *La actuación contractual de la Administración Pública española. Una perspectiva histórica*, RAP, n. 99, 1982, p. 7 e ss.;
- MEILÁN GIL, J. L., *Autonomía local y planeamiento urbanístico*, in Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica, n. 288, 2002, p. 39 e ss.;
- MENENDEZ REXACH, A., *Procedimientos administrativos: finalización y ejecución*, in J. LEGUINA VILLA, M. SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 246 e ss.;
- MIRÓ MIRÓ, R., *Los convenios urbanísticos*, in Cuadernos de Derecho Local, n. 17, 2008, p. 90 e ss.;
- MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I e II, 5º ed., Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002;

- MUÑOZ MACHADO, S., *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, RAP, n. 84, 1977, p. 519 e ss.;
- MUÑOZ MACHADO, S., LÓPEZ BENÍTEZ, M., *El planeamiento urbanístico*, Iustel, Madrid, 2007;
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público general*, t. I e IV, 1º e 3º ed., Iustel, Madrid, 2011;
- NIÑO VILLAMAR, C., *La finalización convencional de los procedimientos administrativos desde la perspectiva del ciudadano*, in AA.VV. *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 87 e ss.;
- OCHOA GÓMEZ, M. P., *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*, La Ley, Madrid, 2006;
- OLMEDO PÉREZ, S., *La reforma de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía realizada por la Ley 113/2005. Estudio de su incidencia en el contenido de los planes y convenios urbanísticos*, in *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, n. 61, 2006, p. 111 e ss.;
- PARADA VAZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, t. I, 16º ed., Marcial Pons, Madrid, 2007;
- PARADA VAZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, t. I, 18º ed., Marcial Pons, Madrid, 2010;
- PARADA VAZQUEZ, R., *Derecho Urbanístico general*, Marcial Pons, Barcelona, 2007;
- PARADA VAZQUEZ, R., *Dret Administratiu*, Marcial Pons, Barcelona, 1995;
- PARADA VAZQUEZ, R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Seville, 1963;
- PARADA VAZQUEZ, R., *Regímen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común (Estudios, Comentarios y Texto de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Marcial Pons, Madrid, 1999;
- PAREJO ALFONSO L., (director), *Lecciones de Derecho administrativo, Orden económico y sectores de referencia*, Tirant Lo blanch, Valencia, 2012;
- PAREJO ALFONSO L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 5º ed., Tirant La Blanch, Valencia, 2012;
- PAREJO ALFONSO, L. (director), *Derecho urbanístico de Castilla-La-Mancha*, Marcial Pons, Madrid, 1999;
- PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo, Instituciones generales: bases, fuertes, organizaci'on sujetos, actividad y control*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003;
- PAREJO ALFONSO, L., *El artículo 88 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo*, in AA.VV. *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 22 e ss.;
- PAREJO ALFONSO, L., *La disciplina urbanística*, 2º ed., Iustel, Madrid, 2012;
- PAREJO ALFONSO, L., *La terminacion convencional del procedimiento como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la Administración*, in *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Instituto Nacional de Administración Publica, Madrid, 1995;
- PAREJO ALFONSO, L., ROGER FERNÁNDEZ, G., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo (real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio)*, Iustel, Madrid, 2009;
- PAREJO GÁMIR, R. *Contratos administrativos atípicos*, RAP, n. 55, 1968, p. 383 e ss.;
- PÉREZ LÓPEZ, J. L., *Los convenios urbanísticos I. Convenios de planeamiento*, *Práctica Urbanística*, n. 40, 2005, p. 49 e ss.;

- PÉREZ LÓPEZ, J. L., *Los convenios urbanísticos II. Convenios de ejecución del planeamiento (I)*, *Práctica Urbanística*, n. 42, 2005, p. 45 e ss.;
- PONCE SOLÉ, J., *Una aproximación al fenómeno privatizador en España*, *RAP*, n. 139, 1996, p. 345 e ss.;
- QUINTANA LOPEZ, T., *Manual Básico de Derecho Urbanístico de Castilla y León*, 2 ed., Tirant Loblanch, Valencia 2007;
- RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Manual de Derecho urbanístico*, 20º ed., La Ley, Madrid, 2007;
- RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Manual de Derecho urbanístico*, 22º ed., La Ley, Madrid, 2011;
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., *Urbanismo y iniciativa privada en la nueva Ley foral de ordenación del territorio y urbanismo de Navarra*, in *Revista de derecho urbanístico y Medio Ambiente*, n. 209, 2004, p. 125 e ss.;
- REBOLLO PUIG, M. (Coordinador), *Derecho urbanístico y ordenación del territorio en Andalucía*, Iustel, Madrid, 2007;
- REBOLLO, L. M., BUSTILLO BOLADO, R. O., *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 263 e ss.;
- REBOLLO, L. M., PANTALEÓN PRIETO, F., *Exigibilidad de los convenios interadministrativos y consecuencias patrimoniales de su incumplimiento*, in *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. I., Universidad de Cantabria, Facultad de Derecho, 1993, p. 305 e ss.;
- ROMERO HERNÁNDEZ, F., *Compromisos y garantías en el planeamiento de iniciativa particular*, in *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 104, 1987, p. 35 e ss.;
- ROMERO HERNÁNDEZ, F., *Los conciertos urbanísticos atípicos*, in *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 95, 1985, p. 29 e ss.;
- ROYO VILLANOVA, A., *Elementos de Derecho Administrativo*, 9º ed., Valladolid, Imprueta Castellana, 1926;
- SAINZ MORENO, F., *La buena fe en las relaciones de la Administraciones con los administrados*, *RAP*, n. 89, 1979, p. 293 e ss.;
- SAINZ MORENO, F., *Sobre el interés público y la legalidad administrativa*, *RAP*, n. 82, 1977, p. 439 e ss.;
- SALAS HERNÁNDEZ, J., *El régimen de acción concertada*, *RAP*, n. 56, 1968, p. 435 e ss.;
- SANCHEZ GOYANES, E. (dirección), *Derecho Urbanístico del Principado de Asturias*, La Ley-EL consultor, Madrid, 2003;
- SÁNCHEZ GOYANES, E. (director), *Ley del Suelo. Comentario sistemático a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, La Ley, Madrid, 2007;
- SANCHEZ MORON, M., *El principio de participación en la Constitución española*, *RAP*, n. 89, 1979, p. 171 e ss.;
- SÁNCHEZ MORON, M., *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común*, Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995;
- SÁNCHEZ MORON, M., *La terminación convencional de los procedimientos administrativos*, in *AA.VV. Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 77 e ss.;
- SEGOVIA ARROYO, J. A., *Instrumentos de planeamiento general: algunos aspectos problemáticos (estudio de reciente jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia)*, *Revista*

de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, n. 184, 2001, p. 103 e ss.;

SENDÍN GARCÍA, M. A., *Régimen jurídico de los convenios urbanísticos adaptado a la nueva Ley del Suelo (Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo) y a la nueva Ley de Contratos del Sector Público (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público)*, Comares, Granada, 2008;

SERRANO, A., *El principio de legalidad: algunos aspectos problemáticos*, in REDA, n. 20, 1979, p. 83 e ss.;

SORIA MARTÍNEZ, G., *La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en relación con la responsabilidad por incumplimiento de los convenios urbanísticos, las facultades edificatorias de la Juntas de Compensación, las consecuencias de la obtención de dotaciones por vía de hecho y los efectos de la publicidad del Planeamiento en los actos de ejecución*, in Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, n. 208, 2004, p. 11 e ss.;

SORIANO GARCÍA, J. E. (coordinador), *Nuevo Derecho urbanístico de Extremadura*, Atelier, Barcelona, 2003.

SOTO KLOSS, E., *La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato*, RAP, n. 64, 1971, p. 53 e ss.;

TÁBOAS BENTANACHS, M., *Una observación de los convenios urbanísticos desde el Derecho Urbanístico de Cataluña*, in Cuadernos de Derecho Local, 14, 2007, p. 57 e ss.;

TEJEDOR BIELSA, J., *Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción*, in RAP, n. 181, 2010, p. 83 e ss.;

VAQUER CABALLERÍA, M., *El desgobierno del territorio*, (atti del XIX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Madrid, octubre de 2012);

VELASCO CABALLERO, F., *Las clausulas accessorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996;

VILLAR PALASÍ, J. L., *Concesiones Administrativas*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, 1981, Barcelona, p. 634 e ss..

GIURISPRUDENZA

CGCE 12 juillet 2001, *Ordine degli architetti di Milano e Lodi c. Comune di Milano*, C-399/98

CGCE 19 septembre 2002, *M. Huber c. Republik Österreich*, C-336/00

CGCE 8 avril 1992, *Commission des Communautés européennes c. Walter Feilhauer*, C-209/90

ITALIA (PARTE I E IV)

C. Cost., 25 marzo 2005, n.120

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

C. Cost., 27 novembre 2003, n. 353

C. Cost., 19 giugno 2002, n. 282

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

C. Cost., 23 aprile 1998, n. 135

C. Cost., 19 giugno 1973, n. 88

C. Cost., 16 maggio 1968, n. 46

C. Cost., 14 luglio 1958, n. 49

C. Conti reg. Sicilia, Sez. giurisd. 24 gennaio 2011, n. 198

Cass. SS.UU., 10 dicembre 2013, n. 27494

Cass. civ., Sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160

Cass. SS.UU., 3 ottobre 2011, n. 20143

Cass. SS.UU., 3 febbraio 2011, n. 2546

Cass. SS.UU., 2 dicembre 2010 n. 24419

Cass. SS.UU., 24 luglio 2009, n.17356

Cass. Sez. II, 22 maggio 2009, n. 11955

Cass. SS.UU., 1 luglio 2009, n. 15388

Cass. SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9151

Cass. SS.UU., 20 novembre 2007, n. 24009

Cass. SS.UU., 10 gennaio 2006, n. 140

Cass. Sez. I, 11 marzo 2006 n. 5390

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

Cass. Civ., 23 novembre 2004, n. 22105

Cass. Civ. 29 aprile 2004, n. 8212

Cass. Civ., 21 novembre 2003, n. 17709

Cass. Sez. I. 18 ottobre 2001, n. 12704

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

Cass. SS.UU. 12 novembre 2001, n.14031

Cass. SS. UU., 10 dicembre 2001, n. 15608

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

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

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

Cass. Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901

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

Cass. SS.UU., 7 dicembre 1999, n. 866

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

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

Cass. SS.UU. 14 giugno 1995, n. 6687

Cass. SS.UU., 19 luglio 1995, n. 7816

Cass. SS.UU., 27 aprile 1995, n. 4679

Cass. SS.UU., 28 aprile 1995, n. 4693

Cass. SS.UU., 5 gennaio 1994, n. 59

Cass. SS.UU. 11 luglio 1994, n. 6527

Cass. SS. UU., 17 novembre 1994, n. 9747

Cass. SS.UU., 5 gennaio 1994, n. 59

Cass. SS.UU, 4 novembre 1994, n. 9130

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

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

Cass. SS.UU., 31 marzo 1967, n. 711

Cass. SS.UU., 31 maggio 1961, n. 1285

Cass. SS.UU., 1 ottobre 1958, n. 3220

Cass., Roma, 20 febbraio 1925

Cass. Roma, 9 febbraio 1918

Cass. Roma, 12 gennaio 1910

Cass. Roma, 1 aprile 1876

Cass. Roma, 15 maggio 1889

Cass. Roma, 3 dic. 1881

Cass. Roma, 1 mag. 1883

Cass. SS.UU., 16 giugno 1975, n. 2411

C. App. Firenze, 7 apr. 1925

C. App. Lucca, 6 lug. 1876

C. App. Bologna, 23 dic. 1882

C. App. Ancona, 3 apr. 1889

C. App. Firenze, 15 febbraio 1887

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

Cons. St., Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 324

Cons. St., Sez. IV, 18 aprile 2013, n. 2164

Cons. St., Sez. IV, 6 maggio 2013 n. 2427

Cons. St., Sez. IV, 13 giugno 2013 n. 3262

Cons. St., Sez. IV 8 luglio 2013, n. 3597

Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4179

Cons. St., Sez. V 9 ottobre 2013, n. 4968

Cons. St., Sez. V, 14 ottobre 2013, n. 5000

Cons. St. Sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 616

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

1014

Cons. St., Sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 616

Cons. St., Sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 616

Cons. St., Sez. IV, 16 febbraio 2011, n. 1014
 Cons. St., Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710
 Cons. St., Sez. VI, 19 maggio 2012, n. 3202
 Cons. St., Ad. Pl., 20 luglio 2012, n. 28
 Cons. St., Sez. IV, 28 novembre 2012 n. 6040
 Cons. St., Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271
 Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215
 Cons. St., Sez. V, 20 marzo 2011, n. 1739
 Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2011, n. 6261
 Cons. St., Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2545
 Cons. St., Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4094
 Cons. St., Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4093
 Cons. St., Sez. IV, 23 agosto 2010 n. 5904
 C.g.a., Sez. giurisd., 4 novembre 2010 n. 1368
 Cons. St., Sez. V, 2 marzo 2009, n. 1149
 Cons. St., Sez. IV, 27 giugno 2008, n. 3255
 Cons. St., Sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2411
 Cons. St., Sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3294
 Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344
 Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236
 Cons. St., Sez. V, 10 maggio 2005 n. 2337
 Cons. St., Sez. IV, 31 gennaio 2005 n. 222
 Cons. St., Sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 727
 Cons. St., Sez. IV, 5 agosto 2005, n. 4166
 Cons. St., Sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 5713
 Cons. St., Sez. IV, 2 marzo 2004 n. 957
 Cons. St., Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7955
 Cons. St., Sez. IV, 5 novembre 2004, n. 7245
 Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 390
 Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2003 n. 33
 Cons. St., Sez. IV, 15 settembre 2003, n. 5152
 Cons. St., Sez. VI, 7 maggio 2003, n. 2416
 Cons. St., Sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7188
 Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2636
 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, 24 ottobre 2000, n. 5720
 Cons. St., Sez. VI, 5 maggio 2002, n. 2636
 Cons. St., Sez. V, 29 settembre 1999, n. 1209
 Cons. St., Sez. IV, 3 novembre 1999, n. 1657
 Cons. St., Sez. V, 3 giugno 1996, n. 621
 Cons. St., Sez. IV, 12 dicembre 1994, n. 1010
 T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 08 maggio 2013, n. 251
 T.A.R. Marche, Ancona, Sez. I, 24 maggio 2013, n. 388
 T.A.R. Puglia, Bari, sez. I 4 giugno 2013, n. 899
 T.A.R. Basilicata, Potenza, Sez. I, 21 giugno 2013, n. 370
 T.A.R. Lazio, Roma Sez. II quater, 24 gennaio 2012, n. 762
 T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 03 luglio 2013, n. 6577
 T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I 16 marzo 2012, n. 192
 T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 24 ottobre 2012, n. 1933
 T.A.R. Piemonte, Torino Sez. I, 21 novembre 2012, n. 1225
 T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 05 luglio 2011, n. 1760
 T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 13 luglio 2011, n. 1219
 T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 30 dicembre 2011, n. 2077
 T.A.R. Palermo, sez. I, 20 gennaio 2010, n. 582
 T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. III, 17 marzo 2010, n. 849
 T.A.R. Veneto Sez. II, e 4 maggio 2010 n. 2568
 T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 27 maggio 2010, n. 3551
 T.A.R. Piemonte Torino, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750
 T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4026
 T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 26 ottobre 2010, n. 201
 T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253
 T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 3 marzo 2009, n. 383
 T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, 11 marzo 2009, n. 1146
 T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 11 giugno 2009, n. 1731
 T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, 16 settembre 2009, n. 1446

T.A.R. Sicilia - Catania, sez. II, 31 luglio 2008, n. 1468
T.A.R. Calabria - Reggio Calabria, Sez. I, 25 giugno 2008, n. 293
T.A.R. Lazio, Sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563
T.A.R. Liguria, Genova, Sez. I. 23 gennaio 2007, n. 79
T.A.R. Liguria, Genova sez. I, 25 giugno 2007, n.1233
T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 15 maggio 2006, n. 609
T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 13 luglio 2006, n. 1369
T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 13 giugno 2006, n.542
T.A.R. Puglia - Bari, Sez. II, 25 maggio 2006, n. 2012
T.A.R. Lazio, Roma, Sez. *Iter*, 3 marzo 2006, n. 1677
T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 3 marzo 2006, n. 1654
T.A.R. Sardegna, sez. II 17 gennaio 2006 n.16
T.A.R. Sicilia Catania, Sez. II, 13 maggio 2005, n. 812
T.A.R. Lombardia, Brescia, 29 settembre 2005, n.903
T.A.R. Puglia, Bari, 17 febbraio 2005, n. 592
T.A.R. Puglia, Sez. II, 10 marzo 2003, n. 1098
T.A.R. Lombardia, Brescia, 13 agosto 2003
T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 15 gennaio 2002, n. 670
T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 15 ottobre 2002, n. 3943
T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 10 maggio 2001, n. 1533
T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 20 novembre 2001, n. 679
T.A.R. Toscana, Sez. I, 11 luglio 2000, n. 1627
T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 2 maggio 2000, n. 388
T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22
T.A.R. Umbria, 24 marzo 1999, n. 218
T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 20 marzo 1998, n. 125
T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I., 9 settembre 1998, n. 2104

T.A.R. Lombardia, Brescia, 5 novembre 1997, n. 974
T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 17 marzo 1994, n. 147
T.A.R. Toscana, sez. III, 3 maggio 1994, n. 113
T.A.R. Campania, sez. I, 26 ottobre 1992, n. 309
T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 30 maggio 1974
T.A.R. Molise, 27 maggio 1974, n. 1

FRANCIA (PARTE II)

Conseil Constitutionnel
CC 27 juillet 1978
CC 19 juillet 1983, *Convention fiscale avec la Nouvelle Calédonie*

Tribunal des Conflits

TC 8 février 1873, *Blanco*
TC 29 février 1908, *Feutry*

Conseil d'Etat

CE 22 février 2008
CE 10 octobre 2007, *Commune de Biot*
CE 30 mai 2005
CE 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier*
CE 27février 2004, *Mme Popin*
CE avis, 7 juillet 2004
CE 20 octobre 2004, *Société Bayer Pharma*
CE 29 septembre 2003, *Houillères du bassin de Lorraine*
CE 2 octobre 2002
CE 4 février 2000, *EPAD*
CE 15 novembre 2000, *Commune de Morschwiller-le-Bas*
CE 19 mars 1997, n° 93763
CE 23 juin 1995
CE 1 avril 1994, *Commune de Menton*
CE 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*
CE 30 novembre 1994, *SCI Palaiseau-Villebon*
CE 8 janvier 1993, *Société Compagnie fermière et foncière Saint-Romeu*

CE, 23 juillet 1993, *Épx Schafer*
 CE 15 avril 1992, *SCI Vallières et autres*
 CE 2 octobre 1992, *Commune de La Chapelle-en-Serval*
 CE 20 septembre 1990, *Commune de Cabesse*
 CE 6 mars 1989, *Commune de Crolles*
 CE 17 mars 1989, *Ville de Paris et Société Sodevam*
 CE 11 octobre 1989, *Cne Gardanne, Cne Miramas e Cne Port-Saint - Louis du Rhône*
 CE 23 mai 1986
 CE 8 mars 1985
 CE 22 mars 1985, *Brunet*
 CE 3 août 1985, *Les amis de la Terre*
 CE 22 juin 1984, *SCP Palaiseau Villebon*
 CE 2 février 1983, *Union des transports public*
 CE 29 mars 1983, *Commune de Chateaugay*
 CE 30 septembre 1983, *Fédération départementale des associations agréés de pêche de l'Ain*
 CE 26 février 1982, *Société industrielle d'isolation et de fournitures d'usines*
 CE 20 octobre 1982, *SA immobilière et touristique de Saint-Gaudens*
 CE 10 décembre 1982, *Epx Pagotto*
 CE 30 mars 1981, *Dame Frioucourt*
 CE 1 avril 1981, *Commune de Magenta*
 CE 13 novembre 1981, *Plunian*
 CE 29 juin 1979, *Madame Bourgeois*
 CE 21 novembre 1979, *Sanlias*
 CE 20 janvier 1978, *Syndicat National de l'enseignement technique agricole public*
 CE 14 juin 1978, *SCI du Val-Roger*
 CE 18 février 1977, *Hervouët*
 CE 18 mars 1977, *Chambre de commerce de La Rochelle*
 CE 9 avril 1976, *SCI les Trémières*
 CE 1 octobre 1976, *Ministre de l'équipement c/ SCI Montjoie*
 CE 22 décembre 1976, *Ministre du Travail c. Servin*
 CE 20 juin 1975, *Leverrier*
 CE 4 juillet 1975
 CE 10 décembre 1975, *Lorizon*
 CE 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*
 CE 23 octobre 1974
 CE 2 mars 1973, *Syndicat national du commerce en gros des équipements pièces de rechange et outillage*

CE 20 juillet 1971, *Société civile du domaine du Bernet*
 CE 14 novembre 1973, *Commune de Saint-Brice-sous-Forêt*
 CE 23 février 1968, *Picard*
 CE 10 mars 1967, *Ministre de l'Economie c. Société Samat et Cie*
 CE 16 février 1966, *Conséil départemental de la Sein de l'Ordre des chirurgiens dentiste*
 CE sect. 24 avril 1964, *Sté des Huileries de Chauny*
 CE 2 mai 1962, *E.D.F. c. Syndicat départemental d'électrification des collectivités concédantes et régions d'électricité de la Haute-Savoie, syndicat intercommunal d'électricité et de gaz de l'Allier*
 CE 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans*
 CE 5 mai 1961, *Ville de Lyon*
 CE 2 janvier 1959, *Lecomte*
 CE 24 février 1956, *Leduc*
 CE 11 mai 1956, *Sté Lesieur-Afrique*
 CE 5 mai 1944, *Compagnie Maritime de l'Afrique Orientale*
 CE 5 mars 1943, *Compagnie générales des Eaux*
 CE 5 novembre 1943, *Leneveu.*
 CE 4 janvier 1935, *Lara*
 CE 18 décembre 1935, *Sieur Prade*
 CE 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*
 CE 22 décembre 1924, *Castelli*
 CE 20 février 1924, *Brandsetter*
 CE 7 février 1913, *Tramways d'Aix-les-Bains*
 CE 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*
 CE 24 décembre 1909, *Commune de Bassée*
 CE 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-deSeguey-Tivoli*
 CE 29 juin 1906, *Carteron*
 CE 23 janvier 1903, *Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*
 CE 14 février 1902, *Blanleuil et Vernaudon c. Ville d'Angoulême*

Cours Administratives d'Appel

C.A.A. Lyon, 3 février 2005, *Welma Pachod*

C.A.A. Bordeaux 8 février 2001
C.A.A. Paris, 27 novembre 2001
C.A.A. Lyon 31 décembre 2003, *Epoux Eyman-Mallet*
C.A.A. Paris, 13 juin 1989, *Commune de Bois d'Arcy*

Tribunals Administratifs

T.A. Versailles, 3 décembre 1993, *Société Résoc*
T.A. Versailles, 2 octobre 1987 e 7 juillet 1988, *Association de défense du site de Saint-Rémy-lès-Chevreuse*
T.A. Versailles 19 octobre 1984, *Blanchard et Monbrun*
T.A. Versailles 11 octobre 1978, *Ville de Dourdan*
T.A. de Clermond-Ferrand, 1 juillet 1960, *Dame Geneix*
T.A. Paris 22 novembre 1960, *Société des établissements Lick et Brevets Paramount*

SPAGNA (PARTE III)

Tribunal Constitucional

TC de 20 de marzo 1997
TC de 13 de diciembre 2011

Tribunal Supremo (Sala contencioso-administrativo)

TS 5 denoviembre de 1836
TS de 6 de mayo de 1872
TS 14 de octubre de 1889

TS 12 d febrero de 1904
TS 14 de julio de 1903
TS 29 de octubre de 1909
TS 30 de octubre 1909
TS 1 de febrero de 1915
TS 9 de diciembre de 1921
TS 26 de mayo de 1923
TS 3 de febrero de 1930
TS 7 de enero de 1931
TS 2 de febrero de 1942
TS 28 de diciembre 1942
TS 3 de julio de 1950

TS 25 de octubre 1951
TS de 2 de enero de 1980
TS 9 de julio 1981
TS 12 de noviembre 1983
TS 17 de noviembre 1983
TS 12 de diciembre de 1983
TS 25 de abril 1984
TS 18 demarzo 1985
TS 24 de febrero de 1988
TS 18 de abril de 1989
TS 29 de abril de 1989
TS 8 de julio 1989
TS 16 de enero 1990
TS 30 de abril 1990
TS 13 de julio 1990
TS 18 de octubre 1990
TS 13 de marzo 1991
TS 25 de marzo de 1991
TS 5 de abril de 1991
TS de 17 de mayo de 1991
TS 21 septiembre 1991
TS 20 de diciembre de 1991
TS 13 de febrero de 1992
TS 18 marzo 1992
TS 24 de marzo 1992
TS 15 de abril de 1992
TS 8 de junio de 1992
TS 27 de octubre 1992
TS 15 de febrero 1994
TS 23 de junio 1994
TS 2 de julio de 1994
TS 19 de julio de 1994
TS 5 de diciembre de 1994
TS 15 de marzo 1997
TS 30 de octubre 1997
TS 29 de febrero 2000
TS 9 de marzo 2000
TS 24 de junio 2000
TS 17 de octubre de 2000
TS 12 de enero de 2001
TS 1 de febreo 2001
TS 9 de marzo 2001
TS 3 de abril 2001
TS 16 de octubre de 2001
TS 20 de diciembre de 2002
TS 3 de febrero de 2003
TS 6 de marzo de 2003
TS de 24 de marzo de 2003
TS de 11 de octubre de 2003
TS de 25 de noviembre de 2003

TS 11 de junio de 2003
TS de 31 de marzo de 2004
TS de 20 de octubre de 2005
TS 19 de febreo 2008

Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas

TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) 26 de diciembre de 2000
TSJ de Andalucía 30 de septiembre de 2004
TSJ de Andalucía 5 de mayo de 2004
TSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 18 de febrero de 2002
TSJ de Andalucía 19 de marzo de 2001
TSJ de Andalucía 19 de febrero de 2001
TSJ de Andalucía 3 de enero de 2001
TSJ de Andalucía (Sala de Sevilla) 10 de enero de 2003
TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 28 de octubre de 2003
TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 30 de septiembre de 2004
TSJ de Andalucía 5 de mayo de 2004
TSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 18 de febrero de 2002
TSJ de Andalucía 19 de marzo de 2001; 19 de febrero de 2001
TSJ de Andalucía 3 de enero de 2001
TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 26 de diciembre de 2000
TSJ de Andalucía 19 de febrero de 2001
TSJ de Andalucía (Sala de Sevilla) de 12 de diciembre de 2002
TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 28 de octubre de 2003
TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 5 de mayo de 2004
TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) de 14 de marzo de 2005

TSJ de Aragón de 14 de abril de 2002
TSJ de Aragón 6 de febrero de 2003

TSJ de Asturias de 29 de mayo de 2003
TSJ de Asturias de 12 de junio de 2003

TSJ de Canarias 20 de septiembre de 2000

TSJ de Cantabria 6 de julio 2009

TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 5 de julio de 2002

TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 5 de febrero de 2002
TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 11 de marzo de 2004

TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 3 de octubre de 2000
TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 14 de abril de 2000
TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 26 de enero de 2001
TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 5 de septiembre 2001
TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) de 25 de septiembre de 2001

TSJ de Castilla-La Mancha 1 de julio de 1999

TSJ de Cataluña 22 de noviembre de 2000
TSJ de Cataluña de 6 de septiembre 2001
TSJ de Cataluña 3 de enero de 2002
TSJ de Cataluña 4 de diciembre de 2003
TSJ de Cataluña 5 de octubre de 2004
TSJ de Cataluña 9 de diciembre de 2004
TSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2005
TSJ de Cataluña 20 de mayo de 2005
TSJ de Cataluña 20 de octubre de 2005

TSJ de Extremadura de de 24 de julio de 2002
TSJ de Extremadura de 28 de noviembre de 2002
TSJ de Extremadura 16 de mayo de 2002

TSJ de Galicia 15 de noviembre de 2001
TSJ de Galicia 15 de febrero de 2001
TSJ de Galicia 15 de noviembre de 2001
TSJ de Galicia 15 de febrero de 2001
TSJ de Galicia de 3 de abril de 2003
TSJ de Galicia de 31 de julio de 2003
TSJ de Galicia 29 de mayo de 2003
TSJ de Galicia 30 de mayo de 2003
TSJ de Galicia de 23 de octubre de 2003
TSJ de Galicia 29 de mayo de 2003
TSJ de Galicia 23 de octubre de 2003
TSJ de Galicia 29 de mayo de 2003

TSJ de Islas Baleares de 15 de noviembre de 2005
TSJ de La Rioja 16 de mayo de 2002
TSJ de Madrid 20 de marzo de 2002
TSJ de Madrid de 7 de febrero de 2003

TSJ de Madrid 26 de diciembre de 2003
TSJ de Madrid de 30 de enero de 2004
TSJ de Madrid 25 de septiembre de 2004

TSJ de Murcia de 15 de noviembre de 2000
TSJ de Murcia 1 de marzo de 2000
TSJ de Murcia de 5 de febrero de 2004

TSJ del País Vasco 7 de junio de 2001
TSJ del País Vasco de 4 de abril de 2002
TSJ del País Vasco 17 de septiembre de 2002
TSJ del País Vasco 23 de diciembre 2002
TSJ del País Vasco 17 de enero de 2003

TSJ del País Vasco 6 de febrero de 2003
TSJ del País Vasco de 28 de marzo de 2003
TSJ del País Vasco 17 de septiembre de 2003

TSJ del País Vasco de 30 de octubre de 2003

TSJ del País Vasco 15 de julio de 2004
TSJ del País Vasco de 23 de julio de 2004

TSJ de Navarra de 4 de octubre de 2005
TSJ de Navarra de 8 de junio de 2004

TSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de enero de 2005