

SARA SERGIO

**Poteri amministrativi
e pianificazione per accordi**

ISBN 978-88-96646-44-4

© 2014 – Clio S.p.A. – Lecce

www.clioedu.it

Proprietà letteraria riservata. Printed in Italy

Ai miei genitori

INDICE

CAPITOLO PRIMO

L'azione amministrativa fra provvedimento e accordo	pag. 9
1.- La legge 7 agosto 1990, n. 241	pag. 9
2.- L'agire della pubblica Amministrazione: il provvedimento amministrativo	" 10
2.1.- <i>Segue</i> : l'agire consensuale della p.A.	" 17
3.- L'accordo amministrativo.	" 24
3.1.- L'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241: la norma.	" 27
4.- Natura giuridica dell'accordo	" 33

CAPITOLO SECONDO

L'accordo amministrativo nell'attività di pianificazione urbanistica	pag. 41
1.- Gli accordi amministrativi nella pianificazione urbanistica	pag. 41
2.- Le convenzioni urbanistiche	" 47
2.1.- La natura delle convenzioni urbanistiche	" 49
3.- Le convenzioni urbanistiche e gli articoli 11 e 13 della l. n. 241 del 1990	" 53
4.- <i>Accordi a monte e accordi a valle</i> delle prescrizioni urbanistiche	" 60
4.1.- <i>Segue</i> : gli <i>accordi a valle</i> delle prescrizioni urbanistiche	" 61

4.2.- <i>Segue</i> : gli accordi a monte delle prescrizioni urbanistiche	pag. 62
4.3.- Uno sguardo alla legislazione regionale in tema di accordi a monte delle prescrizioni urbanistiche	” 65

CAPITOLO TERZO

Le convenzioni di lottizzazione	pag. 73
1.- Le convenzioni di lottizzazione: genesi	pag. 73
1.2.- Il contenuto delle convenzioni di lottizzazione	” 78
2.- Applicabilità delle norme sulla partecipazione procedimentale alle convenzioni di lottizzazione	” 80
3.- Teorie sulla <i>figura</i> della convenzione di lottizzazione	” 82
4.- Il contratto di diritto pubblico	” 86
4.1.- <i>Segue</i> : il contratto di diritto pubblico: dalle origini al secondo dopoguerra	” 88
4.2.- <i>Segue</i> : il contratto di diritto pubblico nel periodo antecedente alla legge sul procedimento amministrativo	” 96
4.3.- <i>Segue</i> : il contratto di diritto pubblico dopo la legge sul procedimento amministrativo	” 98

CAPITOLO QUARTO

L'accordo amministrativo e l'evidenza pubblica: uno sguardo all'ordinamento comunitario e a quello interno	pag. 101
---	----------

SEZIONE I

1.- Gli accordi amministrativi e le procedure di evidenza pubblica	pag. 101
2.- Le opere di urbanizzazione	” 105
2.1.- Le opere di urbanizzazione a scomputo nel diritto comunitario: in particolare la direttiva 93/37/CEE.....	” 107
2.2.- La sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea 12 luglio 2001: il c.d. <i>caso Bicocca</i> e l’orientamento comunitario.....	” 109
2.3.- <i>Segue</i> : la scelta del contraente per la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione	” 117
2.4.- <i>Segue</i> : sull’esistenza del contratto e sulla realizzazione delle opere di urbanizzazione	” 119
2.5.- Conclusioni in ordine alla sentenza della Corte di Giustizia.....	” 122

SEZIONE II

1.- Le opere di urbanizzazione a scomputo nel codice dei contratti pubblici del 2006	pag. 127
2.- Le opere di urbanizzazione a scomputo nel correttivo al codice dei contratti pubblici del 2007	” 129
3.- Le opere di urbanizzazione a scomputo dopo il terzo correttivo al codice dei contratti pubblici.....	” 130
4.- Osservazioni conclusive.....	” 135
CONCLUSIONI	pag. 137
BIBLIOGRAFIA	pag. 143

CAPITOLO PRIMO

L'azione amministrativa fra provvedimento e accordo

SOMMARIO: 1.- La legge 7 agosto 1990, n. 241. – 2.- L'agire della pubblica Amministrazione: il provvedimento amministrativo. - 2.1.- *Segue:* l'agire consensuale della p.A. – 3.- L'accordo amministrativo. - 3.1.- L'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241: la norma. – 4.- Natura giuridica dell'accordo.

1.- Con la legge n. 241 del 1990¹ il legislatore italiano ha definito – finalmente – una disciplina generale del procedimento amministrativo².

Nonostante la sua brevità³ quella legge rivela in modo evidente i due obiettivi che hanno guidato l'intervento del legislatore: *garanzia* ed *efficiacia*.

In particolare, il procedimento che emerge da quel testo legislativo è pensato «come strumento di mediazione fra il fine di garanzia (realizzazione dell'imparzialità) e il fine di buona amministrazione (realizzazio-

¹ Legge 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*.

² Si tratta di una legge che concerne soltanto alcuni aspetti dell'azione amministrativa tanto che – si disse con lo sguardo rivolto alle esperienze di normazione di altri Paesi europei (Germania, Austria, Ungheria, Jugoslavia, Polonia, ecc.) – «si è aspettato fino al 1990 e si è fatta – badate bene – non una legge sul procedimento amministrativo ma una legge che tratta alcuni problemi del procedimento amministrativo, cioè una legge che, per così dire, si occupa dei punti salienti o, perlomeno, in parte emergenti del procedimento amministrativo, tralasciando tutto il resto», così, M.S. GIANNINI, *Scritti. Volume Nono (1991-1996)*, Milano, 3 ss., spec. p. 3. La causa di ciò è da individuarsi – secondo il Maestro – nel «timore: si pensò che fare una legge generale sul procedimento amministrativo fosse troppo impegnativo e che convenisse trattare solo di alcuni punti salienti. Questo naturalmente ha un vantaggio, ed è che la legge è breve; ha lo svantaggio che è una legge monca».

³ Ed invero, nel testo originario la legge n. 241 del 1990 si componeva, infatti, di appena trentuno articoli.

ne dell'efficacia), entrambi propri della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.)»⁴.

Ai fini che qui più interessano, quella legge consegna un'immagine di procedimento partecipato che, attraverso il coinvolgimento di coloro i quali sono portatori degli interessi a vario titolo coinvolti, è in grado di consentire una giusta composizione di quegli interessi e di realizzare così la giustizia nell'Amministrazione.

Ebbene, tale legge – e le modifiche ad essa apportate dal legislatore nel corso degli anni⁵ – ha consentito di realizzare quella stretta collaborazione del privato con l'Amministrazione, mediante la quale giungere ad una decisione che sia quanto più concordata possibile, grazie all'introduzione – accanto al tipico agire amministrativo unilaterale ed autoritativo – dello strumento consensuale, soddisfacendo in tal modo l'esigenza di giustizia⁶.

2.- Per lungo tempo si è ritenuto che l'attività amministrativa assumesse esclusivamente la forma esteriore e finale di atti amministrativi. Ed invero, l'atto amministrativo esprimeva «l'essenza stessa di una gestione esecutiva del potere»⁷.

Il tipico modo di agire della p.A. era rappresentato dal provvedere unilaterale ed autoritativo.

⁴ M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione a proposito di un recente disegno di legge*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 2039 ss..

⁵ Ci si riferisce, in particolare alle leggi 11 febbraio 2005, n. 15, 14 maggio 2005, n. 80 e 18 giugno 2009, n. 69.

⁶ All'esigenza, per utilizzare le parole di Benvenuti, di consentire «l'elevazione del cittadino a coamministratore» attraverso la partecipazione (*L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*), in *Scritti giuridici*, 1984-1999, Milano, 2006, 4381 ss.).

⁷ Così L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, X, 2001, secondo i quali «se a lungo, con il concetto di atto amministrativo, si è inteso semplicemente l'atto soggettivamente amministrativo, l'atto – autoritativo o consensuale – comunque riferibile al soggetto amministrazione, ora (secondo Ottocento), invece, si stringe una rigida equivalenza tra l'attuazione degli scopi dello stato e le forme imperative di attività».

La dottrina di matrice liberale⁸ considerava l'Amministrazione come autorità, che si manifestava mediante atti unilaterali qualificati atti d'imperio o addirittura manifestazione di sovranità, espressione di una posizione di privilegio giudicata naturale e capace di incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei cittadini.

Ed invero, autorevole dottrina considerava l'atto amministrativo come «la pronuncia autoritativa di pertinenza dell'amministrazione, determinativa nel caso singolo per l'amministrato di ciò che per lui dev'essere conforme a diritto»⁹.

Fin dall'origine, tuttavia, emerge il duplice volto dell'atto amministrativo: massima espressione dell'autorità, sintesi della superiorità del potere pubblico, che ordina, decide, trasforma unilateralmente situazioni giuridiche private, ma al contempo anche espressione di garanzia.

Poi, a seguito degli studi di Ranelletti, venivano posti in rapporto tra loro l'atto amministrativo e l'interesse generale, nel senso che l'atto amministrativo iniziava ad essere inteso come il diritto del caso concreto, posto per soddisfare l'interesse generale obiettivo, la nozione di atto amministrativo evocando immediatamente l'idea di provvedere in concreto al soddisfacimento degli interessi della collettività, quella che poi verrà definita *funzionalizzazione*¹⁰.

⁸ PH. A. MERLIN, *Rèpertoire universale et raisonnè de jurisprudence*, Parigi, 1812, 65, sosteneva che «un arrêtè, une decision de l'autoritiè administrative, ou una action, un fait de l'administration qui a rapport a ses fonctions».

⁹ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895-96, vol. I, 64, il quale appunto sosteneva che «ein Unterthanen gegenuber im Einzelfall bestimmt was fur ihn Rechtens sein soll».

¹⁰ In tal senso, O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, 7 ss.; ora anche in *Scritti giuridici scelti*, vol. III, E. FERRARI e B. SORDI (a cura di), Camerino, 1992, 35 ss., secondo il quale l'Amministrazione pubblica opera sempre in vista di interessi generali, di cui essa si presenta come curatrice, o come tutelatrice e curatrice insieme; ciò mostra che essa ha per fine diretto della propria attività l'interesse pubblico e che quindi opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico.

Già per Ranelletti, «non solo nel comando si rivela la qualità di curatore e tutelatore degli interessi sociali nel potere esecutivo ma anche nel dichiarare e nel permettere»¹¹.

Il vincolo finalistico presente nell'atto amministrativo, veniva visto come stretto fra il rispetto dell'indirizzo politico espresso dalla legge da una parte, e la garanzia degli interessi coinvolti, dall'altra.

Il rapporto tra esigenze di garanzia del privato ed inserimento di un singolo atto nell'ambito della categoria degli atti amministrativi non è sempre privo di contraddizioni.

Esigenze di garanzia e regime di supremazia si trovano, invero, sempre stretti nell'atto amministrativo in un intreccio difficilmente risolvibile.

Ed invero, quando si cercava in passato – fino agli anni Trenta del secolo scorso – di individuare i caratteri distintivi dell'atto amministrativo, l'attenzione era posta essenzialmente sull'approfondimento dei profili riguardanti la volontà, la causa e il motivo.

Si deve soprattutto a Giannini¹² la definitiva emancipazione dell'atto amministrativo dal negozio giuridico di diritto privato, per cui l'atto

¹¹ O. RANELLETTI, op. cit., 48. In particolare, per Ranelletti, lo Stato «o che dia qualcosa di suo agli altri, o che permetta che altri faccia qualche cosa sul suo, o che conceda lavori pubblici, opera sempre in vista di interessi generali, di cui esso si presenta non più come semplice *tutelatore*, ma come vero *curatore o tutelatore e curatore insieme*. E dico *tutelatore e curatore insieme*, perché in molte concessioni l'interesse pubblico appare più come *tutelato* che come *curato*, come, per es., nella concessione di costruire una *casa* sopra un fiume, ed in generale perché non è possibile fare un taglio netto tra le due funzioni di conservazione e di perfezionamento e separare gli atti secondo l'uno o l'altro scopo, poiché le due funzioni s'intrecciano, si richiamano l'una l'altra, perché "ogni conservazione riesce a mantenimento o perfezionamento di un istrumento di bene e di civiltà, come ogni incremento di questa ad una facoltà maggiore di difesa e di protezione della vita e della proprietà».

¹² Infatti, M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, definiva provvedimento l'atto amministrativo autoritativo che realizza in via diretta la cura dell'interesse pubblico, dotato di imperatività e assistito da autotutela: i provvedimenti «hanno tutti un tratto in comune, che ne costituisce la fine sostanza: di essere l'affermazione del momento dell'autorità [...] ogni