

Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione in materia urbanistica: spunti per una riflessione.

di

Antonio Purcaro

Segretario generale dei Comuni di Villa d'Almè ed Almè (Bergamo)

Cultore di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo

L'attività autoritativa della Pubblica amministrazione si informa al principio di legalità, in virtù del quale l'esercizio del potere è legittimo ogniqualvolta trova il proprio fondamento e la disciplina del procedimento in una previsione normativa, talchè il parametro di legittimità degli atti autoritativi assunti dalla Pubblica amministrazione trova corrispondenza, deve trovare la propria corrispondenza, nel relativo schema legale astratto.

Tradizionalmente l'unilateralità caratterizzava l'esercizio del potere da parte della Pubblica amministrazione, centrale e locale.

L'atto amministrativo, come categoria, si contrapponeva al contratto. In altre parole non si ammetteva un esercizio "consensuale" del potere pubblico.

E' solo la Legge 7 agosto 1990 n.241, con l'art.11, ad introdurre nell'ordinamento la previsione generale di accordi endoprocedimentali o addirittura di accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo.

Non che prima l'ordinamento non conoscesse figure di accordi sostitutivi del procedimento, come ad esempio la cessione volontaria in luogo del decreto di esproprio, ovvero la convezione di lottizzazione in luogo dell'esecuzione delle previsioni di piano mediante il piano particolareggiato; ma è solo con la legge citata, che tale previsione viene generalizzata.

Tuttavia tale innovazione trovava limitata applicazione in considerazione del fatto che il ricorso all'istituto di che trattasi fosse limitato ai casi espressamente previsti dalla legge. In altre parole operava una riserva di legge, che condizionava la piena operatività del principio così introdotto: quello dell'esercizio consensuale del potere pubblico.

La riforma della legge 241 operata dalla legge 15 del 11 febbraio 2005, eliminando l'inciso "*nei casi previsti dalla legge*" ha notevolmente ampliato l'ambito di operatività degli accordi endoprocedimentali ed ancora di più degli accordi sostitutivi del provvedimento, ora liberamente utilizzabili nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione¹.

¹ Non solo la legge di riforma, prevede che la pubblica amministrazione nell'adozione degli atti di natura non autoritativa, agisca secondo le norme di diritto privato.

Ovviamente l'ambito di riferimento degli accordi preparatori e degli accordi sostitutivi non può che essere quello degli atti, dei provvedimenti discrezionali, e non certo quello degli atti amministrativi vincolati.

Con riguardo ai provvedimenti caratterizzati da discrezionalità amministrativa l'accordo si configura ora come presupposto di fatto dell'atto (accordo endoprocedimentale o preparatorio) ora come sostitutivo dell'atto stesso.

L'accordo, o meglio l'amministrazione per accordi, non fa venir meno il riferimento ai parametri di legalità e di corretto uso del potere, che sempre devono caratterizzare l'operato della Pubblica amministrazione.

Non solo il raggiungimento dell'accordo non priva l'Amministrazione pubblica della possibilità di riuso del potere, potendo sempre l'amministrazione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico recedere unilateralmente dall'accordo.

La legittimità degli accordi preparatori o sostitutivi del provvedimento andrà sempre verificata in relazione ai parametri di legittimità che informano la c.d. "amministrazione per provvedimento".

Cosicché l'accordo potrà essere censurato per violazione di legge e per eccesso di potere.

E' il giudice amministrativo che conosce della legittimità degli accordi ex-art.11.

In buona sostanza non è possibile fare con l'accordo ciò che non sarebbe legittimo fare con l'atto amministrativo.

Il rinvio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti contenuto nell'art.11 della legge 241/1990 non deve trarre in inganno. Anzi!²

L'apertura verso un'amministrazione consensuale è altresì testimoniata dalla coeva legge 142 del 8 giugno 1990 (il cui contenuto è oggi stato in gran parte trasfuso nel testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali approvato con decreto legislativo n.267 del 18 agosto 2000), che prevedeva che nei procedimenti relativi all'adozione di atti che incidono su situazioni giuridiche soggettive dovessero essere previste forme di partecipazione degli interessati e che demandava agli statuti comunali la disciplina delle forme di consultazione della popolazione nonché 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, dovendo essere, altresì, determinate le garanzie per il loro tempestivo esame.

In altre parole si imponeva ai Comuni, demandandone la definizione della disciplina puntuale alla fonte statutaria, la previsione di forme di partecipazione ai procedimenti di formazione degli atti amministrativi generali.

² Art.1322, comma 2, cod.civ. "Le parti possono concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico".

Ed è proprio sul procedimento di formazione degli atti amministrativi generali che occorre richiamare l'attenzione.

L'art.13 della legge 241/1990 infatti esclude l'applicazione delle disposizioni contenute nel capo III della legge stessa, tra cui l'art.11, nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari forme che ne regolano la formazione.

La dottrina si è quindi interrogata sulla cittadinanza degli accordi disciplinati dall'art.11 nell'ambito del procedimento di formazione degli atti amministrativi generali e di pianificazione urbanistica in particolare.

Il Capo III della legge in commento disciplina infatti la partecipazione al procedimento amministrativo, dettando la disciplina di principio in ordine alla comunicazione di avvio del procedimento (art.7), alle modalità ed ai contenuti di detta comunicazione (art.8), all'intervento nel procedimento da parte di qualunque soggetto portatore di interessi pubblici o privati, ed ai portatori di interessi diffusi (art.9), ai diritti dei partecipanti al procedimento, del destinatario dell'atto, dei cointeressati, controinteressati ed intervenienti (art.10) ed agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento.

L'art.11 prevede che, in accoglimento di osservazioni e proposte presentate, l'amministrazione possa concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. Detti accordi debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto.

Autorevole dottrina³ sostiene che l'art.13 della legge 241/1990, con riferimento agli atti di pianificazione urbanistica, e comunque con riferimento agli atti amministrativi generali tout court, non abbia escluso l'ammissibilità degli accordi endoprocedimentali.

Il legislatore, con l'art.13, avendo già disciplinato, con norma speciale (legge urbanistica statale e regionale) il procedimento di formazione degli atti di pianificazione, avrebbe semplicemente voluto escludere, da una parte l'applicazione puntuale della comunicazione di avvio del procedimento e le modalità di partecipazione, sostituite appunto dalla possibilità di presentare osservazioni, e dall'altra la materia degli accordi, al fine di non ridurre l'ambito di esercizio delle discrezionalità amministrativa, particolarmente e necessariamente ampia in questi casi.

³ Aldo Travi (*Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 274 e ss., spec. 277), il quale ha indicato le ragioni dell'ammissibilità teorica di tali accordi nel fatto che l'art. 13 della L. n. 241 del 1990 non ne vieta affatto la conclusione, ma semplicemente esclude l'obbligo dell'Amministrazione di prenderne in considerazione la proposta.

In altre parole l'amministrazione non sarebbe tenuta a prestare il proprio consenso ad eventuali accordi proposti, rimanendo essa libera, proprio grazie alla previsione dell'art.13, di rifiutarne la conclusione.

Questa lettura farebbe quindi salvi accordi tra Comune e privati preparatori delle previsioni di piano regolatore generale, ed in particolare riferimento, sostiene l'Autore, quelli preparatori delle varianti parziali al piano, nelle quali esigenze di contemperamento tra interesse pubblico ed interesse privato sono più evidenti, esigendo tra l'altro le varianti in parola, rispetto alle varianti generali, un motivazione rafforzata.

E quindi, accanto agli accordi attuativi delle previsioni di piano, quali la convenzione di lottizzazione, così argomentando, si ammettono anche gli accordi preparatori delle previsioni di piano: accordi "sulle prescrizioni" e non solo accordi "sull'attuazione delle prescrizioni".

Accordi integrativi del procedimento di formazione della variante parziale al piano regolatore generale, accanto ad accordi sostitutivi quali le già note convenzioni di lottizzazione.

Occorre precisare che oggetto dell'accordo, fatti salvi di diritti dei terzi, è la disciplina urbanistica dell'area in termini di indici urbanistici (volumi, altezze, distanze, rapporti di copertura, usi, allineamenti, rapporti tra costruito e spazi liberi, ecc...) ed in termini di area a standard oggetto di cessione ed opere di urbanizzazione.

Esula dall'oggetto dell'accordo ogni diversa pattuizione che non sia riconducibile a parametri di tipo urbanistico, essendo da escludere un rapporto sinallagmatico.

In altre parole non è possibile, in quanto illecito, l'impegno alla dazione a favore dell'Amministrazione di denaro o di altra utilità quale controprestazione all'adozione di una variante allo strumento urbanistico.

L'accordo deve innanzitutto rispettare i parametri che informano l'azione amministrativa, costituendo l'accordo il presupposto di fatto della variante stessa. La causa dell'atto amministrativo e quindi degli accordi che dell'atto ne sono il presupposto o che addirittura che lo sostituiscono, è pur sempre il perseguimento dell'interesse pubblico. E la causa del potere è sempre tipica. Accordi che riproducano simili patti sarebbero viziati per sviamento della causa o per sviamento dell'interesse pubblico, se non proprio nulli.

Senza poi considerare gli eventuali profili di tutela penale laddove la condotta integri gli elementi dell'abuso d'ufficio.

Ritornando sul tema degli accordi preparatori, quelli esenti da vizi si intende, autorevole dottrina di segno contrario⁴, prendendo le mosse da una lettura letterale dell'art.13 della legge 241/1990

⁴Relazione del prof. Paolo Urbani al Seminario INU Lombardia "Pianificare per accordi. Finalità, Problemi, Esempi" - 11 maggio 2005

sostiene, proprio in virtù del principio di legalità, l'esclusione dell'applicazione degli accordi preparatori in ambito di pianificazione urbanistica generale.

Vigendo il divieto di cui all'art.13, gli accordi preparatori sono quindi ammessi, e quindi legittimi, solo in presenza di una previsione legislativa. Il riferimento corre alla legge urbanistica del Veneto⁵ 23 aprile 2004, n. 11.

La previsione generale delle convenzioni di lottizzazione va tenuta distinta: innanzitutto dette convenzioni, proposte dai lottizzanti insieme alla proposta di piano attuativo, si riferiscono a strumenti urbanistici attuativi, e non quindi ad atti di pianificazione ed atti amministrativi generali, di conseguenza non sono accordi preparatori delle prescrizioni di piano ma attuano le stesse previsioni di piano.

La legge urbanistica della Regione Lombardia, 11 marzo 2005 n.12, per la verità amplia l'ambito della c.d. "urbanistica contrattata", ma non contiene previsioni simili a quelle della Regione Veneto. Tutti gli accordi disciplinati dal legislatore lombardo sono attuativi delle previsioni di piano e giammai preparatori del piano o delle sue varianti. Sono tutti accordi sull'attuazione della norma e non accordi sulla norma. Il riferimento va agli accordi descritti dall'art.11 (compensazione, perequazione ed incentivazione urbanistica) laddove la norma consente la permuta di aree o la cessione di aree in cambio di diritti edificatori, ovvero a fronte di rilevanti benefici pubblici, aggiuntivi rispetto a quelli dovuti, un bonus volumetrico in misura non superiore al 15% della volumetria ammessa, piuttosto che la realizzazione degli interventi di interesse pubblico da parte del privato in regime di convenzione od accreditamento con il Comune.

E' vero che il passaggio dalla conformità urbanistica alla compatibilità urbanistica, con un evidente mutamento di prospettiva, e la sottrazione degli ambiti di trasformazione ad una disciplina puntuale in sede di Piano di Governo del Territorio, ampliano la portata ed accrescono l'importanza degli accordi in materia urbanistica. Ma è pur vero che detti accordi per l'attuazione dei piani attuativi avvengono pur sempre nell'ambito di una previsione esistente, della quale costituiscono lo sviluppo, integrando le previsioni contenute nel Documento di piano.

La legge regionale della Lombardia non riconosce quindi copertura normativa agli accordi preparatori.

E' vero che il procedimento di formazione del PGT e sue varianti è aperto alla partecipazione più ampia attraverso un avvio di procedimento, con la possibilità per chi fosse interessato di presentare proposte già in fase di elaborazione del piano e non solo nella ristretta fase delle osservazioni. Ma

⁵ GIANGIUSEPPE BAJ e MAURIZIO LUCCA I moduli consensuali di esercizio del potere di pianificazione urbanistica nella L. Reg. Veneto 23 aprile 2004, n. 11 in LEXITALIA N.4/2007

tali proposte rimangono quelle che sono meri apporti collaborativi, sicuramente rilevanti su di un piano politico, ma non certo assimilabili ad accordi endoprocedimentali.

L'unico ambito in cui, anche la legge regionale urbanistica della Lombardia, ammette accordi sul contenuto del piano, è quello della programmazione integrata di intervento.

Nel programma integrato di intervento adottato in variante al piano urbanistico generale si fonde l'accordo sulla norma con l'accordo sulla attuazione della norma.

L'accordo trova quindi la propria fonte di legittimazione.

Anche in questo caso oggetto dell'accordo è la disciplina urbanistica proposta con riferimento all'area considerata, in termini di destinazioni, volumi, aree da cedere al Comune, standard qualitativi, cioè standard aggiuntivi in relazione all'insediamento.

Il parametro di 18 ab/mq rimane per espressa previsione normativa lo standard minimo potendosi ammettere standard maggiori in relazione alla trasformazione urbanistica del comparto considerato ed alla ricadute di detta operazione sul territorio comunale nel suo complesso considerato.

Del resto il piano regolatore oggi, così come il piano di governo domani, definisce attraverso il piano dei servizi la quantità e la qualità delle attrezzature e delle aree pubbliche necessarie a supportare una determinata capacità insediativa programmata. In relazione a tale previsione, per assicurarne la sostenibilità finanziaria, vengono determinati gli oneri di urbanizzazione.

Tal che proposte di programmi integrati di intervento in variante devono assicurare in presenza di un aumento della popolazione, e quindi in presenza di una maggior carico urbanistico, ovvero in considerazione di nuove e diverse funzioni, le corrispondenti dotazioni di aree e di servizi, e quindi le necessarie risorse finanziarie.

E' così che si giustifica e trova la propria causa l'accordo tra privato e Comune che prevede l'obbligo in capo al proponente il programma integrato di intervento, all'esecuzione di opere ed al trasferimento gratuito di aree, ovvero al trasferimento di somme per l'esecuzione di opere o l'acquisto di aree.

Bergamo, 3 set. 07

ANTONIO PURCARO